

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

DE LA
RESPONSABILITÉ PERSONNELLE
DES FONCTIONNAIRES ADMINISTRATIFS
ENVERS LES PARTICULIERS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux

le vendredi 7 avril 1922, à 5 heures du soir

PAR

C. BERTEAUD

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

BORDEAUX

IMPRIMERIE DE L'UNIVERSITÉ

Y. CADORET

17 — RUE POQUELIN-MOLIÈRE — 17

1922

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

DE LA
RESPONSABILITÉ PERSONNELLE
DES FONCTIONNAIRES ADMINISTRATIFS
ENVERS LES PARTICULIERS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux

le vendredi 7 avril 1922, à 5 heures du soir

PAR

C. BERTEAUD

LAURÉAT DE LA FACULTÉ



BORDEAUX

IMPRIMERIE DE L'UNIVERSITÉ

Y. CADORET

17 — RUE POQUELIN-MOLIÈRE — 17

1922

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

PROFESSEUR HONORAIRE : M. SAUVAIRE-JOURDAN, § I.

- MM. DUGUIT, §, § I., *Doyen*, professeur de *Droit constitutionnel et administratif* et chargé d'un cours de *Droit constitutionnel* (Doctorat).
DE BOECK, § I., *Assesseur du Doyen*, professeur de *Droit international* et chargé d'un cours de *Droit international privé* (Licence).
BENZACAR, § I., professeur de *Economie politique* et chargé d'un cours de *Législation industrielle* (3^e année).
FERRON, § I., professeur de *Droit commercial*.
BARDE, § I., professeur de *Droit administratif* et chargé d'un cours de *Droit public* (Capacité).
FERRADOU, § I., professeur de *Histoire du droit* et chargé d'un cours de *Histoire du droit privé* (Doctorat).
MARIA, § I., professeur de *Droit romain* et chargé d'un cours de *Histoire du droit public* (Doctorat).
MARGAT, § I., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit civil* (Capacité).
BONNECASE, § A., §, professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit maritime* (3^e année).
LESCURE, § A., §, professeur de *Économie politique* et chargé d'un cours de *Histoire des doctrines économiques* (Doctorat).
PALMADE, § A., §, professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit civil* (Capacité).
NOAILLES, professeur de *Droit romain*.
VIZIOZ, professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit civil comparé* (Doctorat).
PIROU, § A., §, professeur de *Économie politique et de Science financière* et chargé d'un cours de *Législation coloniale*.
POPLAWSKI, agrégé, chargé du cours de *Droit criminel*.
-

M. MONTIGAUD, § I., *Secrétaire*.

M^{me} COSTES, *commise au secrétariat*.

M. SALINGARDES, *bibliothécaire*.

COMMISSION DE LA THÈSE

- MM. DUGUIT, doyen, professeur *Président*.
BARDE, professeur }
MARGAT, professeur } *Suffragants*

INTRODUCTION

Les questions de responsabilité occupent une place capitale dans le droit public moderne : il n'est guère de matières plus importantes que celles de la responsabilité des administrations publiques et de la responsabilité des fonctionnaires. S'il en est ainsi, c'est que l'esprit de justice tend à pénétrer chaque jour davantage l'ensemble de nos lois et de nos institutions ; c'est aussi et surtout parce que la notion de l'État a subi une transformation profonde : l'État n'est plus une personne souveraine et irresponsable, mais un groupement de services publics organisés et fonctionnant dans l'intérêt de la collectivité.

Le fonctionnement des services publics, de plus en plus nombreux, est susceptible de causer aux particuliers des préjudices spéciaux ou des charges exceptionnelles. Il importe que les administrés, ainsi lésés par une activité fonctionnant dans un intérêt social et collectif, puissent obtenir la réparation intégrale des dommages par eux subis ; la liberté des individus et la garantie des droits individuels en dépendent.

Aussi, dans notre droit public, l'idée ancienne de l'irresponsabilité de l'Administration publique et de ses agents, depuis longtemps déjà, surtout en ce qui concerne ces derniers, a-t-elle été complètement et définitivement abandonnée. Une double responsabilité a même été organisée pour protéger les particuliers contre l'arbitraire administratif. Aujourd-

d'hui, le fonctionnement des services publics peut entraîner d'une part la responsabilité de l'État, ou plus exactement de la caisse collective, et d'autre part la responsabilité des agents associés à ce fonctionnement. Le domaine d'application de chacune de ces deux responsabilités doit être nettement déterminé : c'est ce que nous nous proposons de faire en étudiant spécialement la responsabilité des fonctionnaires.

*
* *

La question de la responsabilité en général des fonctionnaires est elle-même très complexe. Elle comporte des distinctions nécessaires. Les fonctionnaires, en effet, peuvent encourir une triple responsabilité : une responsabilité pénale, une responsabilité disciplinaire et une responsabilité civile.

La responsabilité pénale ne peut guère présenter de difficultés. Chaque législation a prévu et réprimé les actes abusifs et délictueux que les fonctionnaires sont susceptibles de commettre en exerçant leurs fonctions. Toutes ces violations de la loi de fonction qui constituent des infractions pénales font l'objet de textes spéciaux. Nous n'avons pas à les examiner. Nous dirons seulement que « la tendance du droit moderne est certainement de restreindre l'étendue de la répression pénale, en ce qui concerne les fautes des fonctionnaires » (1).

Si la responsabilité pénale des fonctionnaires a été ainsi amenée à subir certaines restrictions, c'est au profit de la responsabilité disciplinaire (2). Sans doute, la répression

(1) L. Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, 1903, p. 634.

(2) Sur la nature juridique et la transformation de la répression disciplinaire, cons. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., 1911, p. 539 et suiv.

disciplinaire est elle aussi une répression pénale, au point de vue de son fondement ; mais c'est une répression qui s'exerce, en tout ou en partie, au moyen d'actes administratifs et non pas au moyen d'actes juridictionnels, comme la répression pénale. Depuis quelque temps cependant, la répression disciplinaire tend elle-même à se juridictionnaliser. Si bien que, dans un avenir plus ou moins proche, par un juste retour des choses, il y aura une assimilation complète entre la répression pénale et la répression disciplinaire. Cette dernière s'absorbera dans la première. Il n'existera plus qu'une seule responsabilité pénale, mais une responsabilité pénale spéciale qui s'organisera à l'intérieur même du service public.

Cette double responsabilité pénale et disciplinaire peut constituer une sanction énergique des obligations qui s'imposent aux fonctionnaires ; elle n'assure pas aux particuliers lésés la réparation du préjudice subi. C'est seulement par la mise en jeu de la responsabilité civile des fonctionnaires, dans les cas où elle est encourue, que ce but peut être atteint. L'étude de la responsabilité personnelle des fonctionnaires sera donc avant tout l'étude de leur responsabilité civile.

*
* * *

Le principe de la responsabilité personnelle des fonctionnaires est un principe général ; il concerne tous les fonctionnaires sans exception. Le fonctionnaire, au sens large et vrai du mot, est tout agent qui participe d'une manière permanente et normale au fonctionnement d'un service public, quel que soit le caractère de ce service. Pour l'organisation de la responsabilité qui frappe les fonctionnaires, il n'y a pas lieu

de s'arrêter à une prétendue distinction des fonctionnaires d'autorité et de fonctionnaires de gestion (3).

C'est une autre distinction qui doit être retenue et mise en évidence. En France, comme dans la plupart des pays modernes, il existe deux grandes catégories de fonctionnaires : les fonctionnaires de l'ordre administratif et les fonctionnaires de l'ordre judiciaire. Il est impossible, au point de vue matériel, de déterminer quels sont exactement dans notre législation les fonctionnaires judiciaires ; il suffira de dire que ce sont tous ceux auxquels la loi a reconnu expressément ce caractère, tous ceux qui, en principe, sont compétents pour juger les différends entre les particuliers et pour statuer sur les poursuites pénales.

Nous verrons que l'idée qui domine la responsabilité personnelle de ces deux catégories de fonctionnaires est la même. Mais la responsabilité des fonctionnaires de l'ordre judiciaire fait l'objet de règles spéciales contenues dans les articles 505 à 516 du Code de procédure civile (4). Ces textes reconnaissent sans doute le principe de la responsabilité personnelle des agents judiciaires, mais ils la limitent étroitement et quant aux cas dans lesquels elle peut être engagée et quant à la procédure compliquée et périlleuse de la prise à partie par laquelle elle peut seulement être mise en jeu. La prise à partie n'est possible que dans les cas suivants : 1° lorsqu'il y a dol, fraude ou concussion, soit dans le cours de l'instruction, soit au moment du jugement ; 2° lorsqu'il y

(3) Cette distinction avait été faite par M. Perreau, dans sa thèse sur *La responsabilité des fonctionnaires administratifs*, Bordeaux, 1894. Mais cette distinction est aujourd'hui presque complètement abandonnée.

(4) Sur la responsabilité personnelle des fonctionnaires de l'ordre judiciaire, cons. : L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 531 ; de Nesmes-Desmarets, *De la responsabilité civile des fonctionnaires*, thèse Montpellier, 1910.

a déni de justice, c'est-à-dire lorsque les juges refusent de répondre les requêtes ou négligent de juger les affaires en état et en tout d'être jugées (art. 505 et 506 C. proc. civ.). Nous avons là une législation vieillie, figée dans des cadres rigides, qui aboutit, en définitive, à la quasi-irresponsabilité des fonctionnaires judiciaires ; elle est sans intérêt et nous la laisserons de côté.

*
*
*

Nous n'étudierons que la responsabilité personnelle des fonctionnaires de l'ordre administratif. Parmi eux, certains agents se trouvent, au point de vue de cette responsabilité, dans une situation toute spéciale : ce sont les ministres (5). Ils sont d'abord membres du gouvernement et comme tels atteints à la fois par la responsabilité politique et solidaire du cabinet devant les Chambres (c'est là une question de droit constitutionnel) et par une responsabilité individuelle, pénale et civile (L. 16 juill. 1875, art. 12) dont l'application donne lieu à des difficultés particulières qui sont en dehors de notre sujet. Mais les ministres sont aussi des agents administratifs : ils sont les chefs hiérarchiques des agents du département ministériel à la tête duquel ils se trouvent placés. A ce dernier titre, ils sont soumis au droit commun de la responsabilité des fonctionnaires.

*
*
*

C'est le droit commun de la responsabilité personnelle des fonctionnaires, ainsi limitée aux seuls fonctionnaires administratifs, qui fera l'objet exclusif de notre étude. Pour

(5) Cf. L. Dugué, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 546.

ces fonctionnaires, nous n'avons pas de législation d'ensemble; aucun texte qui détermine d'une manière quelconque, soit l'étendue de leur responsabilité, soit le moyen de la mettre en jeu.

Nous aurons à examiner comment la jurisprudence et la doctrine sont arrivées à suppléer au silence de la loi. Nous suivrons d'abord l'évolution historique de la construction juridique qu'elles ont édifiée pour concilier à la fois le respect des droits individuels et le bon fonctionnement des services publics. Nous examinerons ensuite les principes généraux qui se dégagent de cette remarquable construction juridique, pour montrer qu'ils cadrent admirablement avec la notion capitale qui se trouve à la base de tout le droit public moderne : la notion de service public.

Notre travail sera avant tout une synthèse des décisions innombrables de jurisprudence judiciaire et administrative qui ont été rendues en la matière; principalement les décisions les plus récentes du Tribunal des conflits, du Conseil d'État et de la Cour de cassation formeront la base, sinon exclusive, du moins prépondérante du présent ouvrage.

Nous ferons également de précieux emprunts aux conclusions de MM. les Commissaires du gouvernement du Conseil d'État et du Tribunal des conflits dont les dissertations juridiques, toujours très suggestives, ont souvent inspiré ces décisions.

Enfin, nous mettrons largement à contribution les notes de jurisprudence qui ont été publiées par les maîtres du droit public moderne sous les décisions les plus importantes. Et parmi ces notes, une surtout retiendra notre attention : celle de M. Duguit, sous l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 19 juin 1917 (6). Nous nous y référerons, quelquefois pour en com-

(6) L. Duguit, note sous Bordeaux, 19 juin 1917, S., 18-19. 2. 1.

battre certaines solutions de détail, mais généralement pour faire nôtres les théories qu'elle contient.

Malgré tout ce qui a été dit et écrit sur cette question assez controversée de la responsabilité personnelle des fonctionnaires administratifs envers les particuliers, sur sa nature juridique, son fondement, les règles de compétence auxquelles elle est soumise, nous pensons que notre étude peut atteindre le but que nous nous sommes proposé : faire voir que le débat n'est pas encore clos, que les solutions avancées ne sont pas définitives et que la responsabilité personnelle des fonctionnaires, comme toutes les institutions juridiques, est en perpétuel état de transformation.

/

DE LA

RESPONSABILITÉ PERSONNELLE

DES FONCTIONNAIRES ADMINISTRATIFS

ENVERS LES PARTICULIERS

CHAPITRE PREMIER

Évolution historique de la responsabilité personnelle des fonctionnaires.

Sens général de cette évolution. — Le principe de la responsabilité personnelle des fonctionnaires envers les particuliers a nettement été posé pour la première fois par les lois de l'époque révolutionnaire et a toujours été considéré depuis lors comme un des principes supérieurs de notre droit public. Mais l'organisation pratique de cette responsabilité a subi une évolution juridique remarquable, aujourd'hui parvenue à peu près à son complet développement (1).

(1) Pour l'histoire documentée et détaillée de la responsabilité personnelle des fonctionnaires, consulter : Perreau, *De la responsabilité envers les particuliers des fonctionnaires administratifs*. Thèse Bordeaux, 1894; J. Depaule, *Etude historique sur la responsabilité des fonctionnaires publics*, Th.

Cette évolution n'a d'ailleurs pu librement s'accomplir qu'avec la suppression de la garantie spéciale accordée aux fonctionnaires, la garantie administrative, qui réduisait presque à néant leur responsabilité. Après cette suppression, la responsabilité des fonctionnaires envers les particuliers est allée sans cesse en s'élargissant et en se précisant en même temps. En l'absence de toute disposition législative et en s'inspirant uniquement des principes généraux de notre droit, la doctrine et la jurisprudence sont progressivement arrivées à déterminer les actes qui seuls peuvent entraîner la responsabilité personnelle des fonctionnaires et les conditions et les règles suivant lesquelles l'action en responsabilité peut être intentée contre eux. Sur ces deux points, elles ont édifié une construction juridique féconde et très intéressante à étudier dans chacun de ses éléments.

I. — LES PRINCIPES DOMINANTS EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ DES FONCTIONNAIRES.

Les principes sur lesquels repose cette construction juridique ont tous été formulés par les lois de l'époque révolutionnaire. Ils sont au nombre de trois :

1° Le principe de la responsabilité personnelle des fonctionnaires pour faits relatifs à leurs fonctions;

2° Le principe de la compétence des tribunaux judiciaires pour apprécier et juger cette responsabilité;

3° Le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire pour limiter cette responsabilité.

Le principe de la responsabilité personnelle des fonctionnaires. — Les Déclarations des droits et les Constitutions qui

Toulouse, 1901; Planté, *Les mises en jugement des fonctionnaires*, Th. Toulouse, 1910; M. R. de Nesmes-Desmarets, *De la responsabilité civile des fonctionnaires envers les particuliers*, Th. Montpellier, 1910.

se sont succédé depuis 1789 ont, avant tout, énergiquement affirmé le principe même de la responsabilité personnelle de tous les fonctionnaires.

Dans la conception révolutionnaire, la responsabilité des fonctionnaires est d'abord une conséquence nécessaire de l'idée d'égalité. Si tous les citoyens doivent être protégés par la loi de la même manière, de même tous doivent supporter également la responsabilité des actes par eux accomplis. « La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » (2).

Mais les auteurs de nos constitutions et de nos lois administratives de l'époque révolutionnaire ont surtout vu dans la responsabilité des fonctionnaires le principe essentiellement protecteur des droits naturels de l'homme, en particulier de la liberté individuelle et de la propriété, contre l'arbitraire du pouvoir.

Aujourd'hui, à la suite de transformations profondes qui se sont accomplies dans le Droit public, nous pensons que la meilleure sauvegarde de ces droits naturels se trouve dans une responsabilité de l'Etat très large et très fortement sanctionnée. Mais l'idée de responsabilité étatique est complètement étrangère au législateur de 1789. Dans la doctrine classique, l'Etat, conçu comme la personnalité souveraine de la nation, ne peut jamais être responsable. « Souveraineté et responsabilité sont deux notions qui s'excluent » (3). Cependant, l'individu a contre l'Etat droit à la sûreté, c'est-à-dire à ce que des garanties soient prises à son profit contre l'arbitraire. Ces garanties on les a cherchées dans une série d'institutions comme la séparation des pouvoirs, la réparti-

(2) *Déclaration des droits de 1789*, art. 6. Cf., *Déclaration des droits de 1793*, art. 31.

(3) L. Duguit, *Les transformations du droit public*, 1913 p. 224.

tion des fonctions et au premier plan, la responsabilité personnelle des fonctionnaires (4).

C'est pourquoi la responsabilité des fonctionnaires, dans la conception révolutionnaire qui n'admet pas et ne saurait admettre la responsabilité de l'Etat, a toujours été considérée comme la condition première et indispensable de la garantie sociale et de la sûreté, c'est-à-dire de la « protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés » (5).

Aussi les textes consacrant cette responsabilité sont-ils très nombreux. Le principe en est inscrit dans la Déclaration des droits de 1789 elle-même (art. 15) : « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». La Constitution de 1791 admet implicitement le même principe et s'y réfère dans plusieurs de ses dispositions; on lit notamment à l'article 4 du préambule du titre III : « Le Pouvoir exécutif est délégué au Roi pour être exercé, sous son autorité, par des ministres et autres agents responsables. » Mais c'est dans l'article 24 de la Déclaration des droits de 1793 qu'on trouve l'affirmation la plus vigoureuse de ce principe et, en quelque sorte, la formule presque définitive : « La garantie sociale ne peut exister, si les limites des fonctions ne sont pas clairement déterminées par la loi et si la responsabilité de tous les fonctionnaires n'est pas assurée. » L'article 22 de la Déclaration de l'an III est la reproduction à peu près textuelle du précédent.

Le principe est d'ailleurs considéré comme tellement fondamental et intangible que la Constitution de l'an VIII n'ose pas y toucher; mais elle subordonne toute action pénale ou civile dirigée contre un fonctionnaire de l'ordre administratif

(4) L. Duguit, *Ibid.*, p. 222 et suiv.

(5) *Déclaration des droits de 1793*, art. 8.

à l'autorisation préalable du gouvernement en Conseil d'Etat : c'est le fameux article 73. Quand, après la révolution de 1830, on révisé la Charte de 1814 dans un sens considéré comme libéral, on se contente d'annoncer une loi « sur la responsabilité des ministres et des autres agents du pouvoir » (art. 69-2°) ; mais le projet déposé ne put aboutir. Enfin, en 1848, on revient à la pure tradition révolutionnaire et on formule, d'une manière plus large et plus précise à la fois, le principe de la responsabilité des fonctionnaires à tous les degrés de la hiérarchie politique et administrative : « Le Président de la République, les ministres, les agents et dépositaires de l'autorité publique sont responsables, chacun en ce qui le concerne, de tous les actes du gouvernement et de l'administration » (art. 68, § I).

Naturellement, les lois constitutionnelles de 1875 ne font aucune allusion à la responsabilité personnelle des fonctionnaires. Pourquoi l'auraient-elles fait d'ailleurs ? A cette époque, cette responsabilité si fréquemment et si solennellement affirmée, n'était-elle pas déjà devenue une institution coutumière de notre droit public, expressément consacrée par le décret du 19 septembre 1870 et par toute la jurisprudence postérieure ?

Compétence des tribunaux judiciaires. — Comme le fait remarquer M. Duguit (6), les formules précédentes « étaient très énergiques, mais évidemment trop générales et, à cause de leur généralité, insuffisantes certainement ». Il appartenait au législateur révolutionnaire, après avoir proclamé le principe de la responsabilité des fonctionnaires, d'organiser les moyens pratiques de la mettre en œuvre et de déterminer d'abord les tribunaux compétents pour connaître des actions en responsabilité intentées contre les fonctionnaires.

(6) L. Duguit, Note sous Bordeaux 19 juin 1917, S. 18-19. I. 1.

Ce furent les tribunaux judiciaires et leur compétence découle de la conception même que s'était faite l'Assemblée Constituante, à la suite de Montesquieu, du pouvoir judiciaire et du domaine d'action de l'ordre judiciaire. Le pouvoir judiciaire est alors compris comme « étant la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit civil » — celle par laquelle « le prince punit les crimes ou juge les différends entre les particuliers » (7). Les tribunaux judiciaires sont considérés comme les gardiens constitutionnels des droits naturels de l'homme et chargés d'intervenir toutes les fois qu'il s'agit de prendre une décision juridictionnelle touchant directement à l'état, à la liberté et à la propriété des citoyens.

Ils vont donc être les juges naturels de la responsabilité personnelle des fonctionnaires, condition première et indispensable de la garantie sociale et de la sûreté. D'ailleurs, les actions en responsabilité dirigées contre les fonctionnaires ne sont-elles pas de véritables « différends entre particuliers » ? Car le fonctionnaire qui a engagé sa responsabilité, en commettant une faute personnelle, s'est placé en dehors de ses attributions légales et n'a pas agi en sa qualité de fonctionnaire.

Aucun texte n'a jamais édicté expressément la compétence des tribunaux judiciaires en notre matière. Mais l'accord est complet sur ce point : suivant la nature des poursuites engagées et de la responsabilité encourue, les actions en responsabilité dirigées contre les fonctionnaires sont de la compétence des tribunaux civils, des tribunaux correctionnels ou même criminels. L'article 75 de la Constitution de l'an VIII est venu consacrer cette manière de voir. « En ce cas, est-il dit *in fine*, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires », c'est-à-dire devant les tribunaux compétents

(7) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XI, ch. VI.

d'après le droit commun de la responsabilité civile ou pénale.

Des limitations à apporter à la responsabilité personnelle des fonctionnaires et du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire. — Si le principe de la responsabilité des fonctionnaires doit nécessairement être reconnu pour assurer la protection des droits individuels contre l'arbitraire administratif, si la compétence des tribunaux judiciaires donne une sanction effective à cette responsabilité, cette dernière doit aussi nécessairement être limitée « quant à son objet et quant aux moyens de la mettre en œuvre » (8).

Dans la notion moderne de l'Etat, considéré comme un groupement de services publics, la raison d'être de cette double limitation se trouve dans la notion même de service public. Les fonctionnaires sont, en effet, les agents publics associés d'une manière normale et permanente au fonctionnement d'un service public. Tout service public est une certaine activité indispensable pour le maintien et le développement de la vie collective et dont le fonctionnement ne peut être interrompu, même partiellement ou momentanément, sans causer un trouble profond dans l'existence même du pays. La liberté absolue des poursuites contre les fonctionnaires qui, par leurs interventions de plus en plus nombreuses, sont susceptibles de contrarier les intérêts individuels amènerait la désorganisation des services publics.

Si tout acte, accompli par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions et causant un préjudice à un particulier, entraînait nécessairement la responsabilité personnelle du fonctionnaire, l'administration deviendrait impossible. Le fonctionnement des services publics a des exi-

(8) L. Duguit, Note précitée sous Bordeaux 19 juin 1917, p. 1.

gences spéciales : les fonctionnaires ne sont pas libres d'agir ou de ne pas agir; ils doivent obligatoirement assurer le fonctionnement du service public auquel ils sont préposés. Souvent, si, par suite de leur intervention, des actes dommageables sont accomplis, ces actes sont plutôt la conséquence du fonctionnement défectueux du service public et aujourd'hui, avec le développement de la responsabilité étatique, la réparation du préjudice causé incombera au patrimoine affecté au service public en question. Si, au contraire, il n'y a pas de relation de cause à effet entre le fonctionnement du service et le préjudice, on comprend alors que la responsabilité personnelle du fonctionnaire soit engagée, mais seulement dans cette hypothèse. Il faut donc que soient nettement déterminés les actes, qui seuls peuvent entraîner la responsabilité personnelle des fonctionnaires.

D'un autre côté, si cette responsabilité personnelle est légitime et nécessaire dans les limites ainsi fixées, il ne faut pas non plus qu'à propos de n'importe quel acte, par rancune ou par vengeance, les administrés puissent discuter la conduite du fonctionnaire. S'il en était ainsi, le bon fonctionnement des services publics pourrait à chaque instant être compromis par les poursuites téméraires d'administrés mécontents. Il ne suffit donc pas de déterminer l'étendue de la responsabilité personnelle des fonctionnaires : il faut encore régler les conditions et les formes suivant lesquelles l'action en responsabilité peut être intentée contre eux.

Le législateur révolutionnaire n'a pas résolu par un texte ces deux points capitaux du problème. Après avoir proclamé le principe de la responsabilité personnelle des fonctionnaires, il prit cependant des mesures pour garantir l'indépendance de ceux-ci et sauvegarder leur liberté d'action. Ces mesures furent la conséquence d'un autre principe du droit

révolutionnaire : celui de la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire.

Ce principe n'est d'ailleurs qu'un des aspects du principe plus général de la séparation des pouvoirs que la Déclaration des droits de 1789 posa à la base du droit public moderne. « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution » (art. 16).

Sans doute, le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire a une raison historique. Lorsqu'il fut édicté, le souvenir des anciens parlements qui avaient si souvent gêné l'administration royale, en intentant des poursuites contre les fonctionnaires, était encore bien proche (9). Mais en même temps, ce principe repose sur un fondement juridique; il se rattache au besoin de concilier l'indépendance administrative, les nécessités de l'action gouvernementale avec les garanties auxquelles l'individu a légitimement droit pour sa personne, sa liberté et ses biens (10). En ce qui concerne plus particulièrement la responsabilité personnelle des fonctionnaires, il a pour but d'empêcher que, sous prétexte de juger cette responsabilité, les juges n'apprécient les actes administratifs et ne s'immiscent dans l'administration.

Ce principe est encore régi aujourd'hui par les lois de l'époque révolutionnaire. Les textes qui le consacrent sont les suivants :

Loi du 22 décembre 1789, section III, art. 7 : « Les administrations de départements et de districts ne pourront être troublées dans l'exercice de leurs fonctions administratives par aucun acte du pouvoir judiciaire »;

(9) Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 3^{me} éd., 1909, p. 468.

(10) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., 1911, I, p. 436.

Loi des 16-24 août 1790, titre II, art. 13 : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs »;

Constitution de 1791, tit. III, chap. V, art. 3 : « Les tribunaux ne peuvent entreprendre sur les fonctions administratives ou citer les administrateurs pour raison de leurs fonctions »;

Loi du 16 fructidor an III : « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration *de quelque espèce qu'ils soient...* »

Tous ces textes contiennent en réalité une double injonction adressée aux tribunaux judiciaires, la seconde n'étant d'ailleurs qu'une conséquence de la première : ils font défense aux juges de connaître des actes administratifs et ils font défense aux mêmes juges de citer devant eux les administrateurs pour les actes accomplis par ces derniers à l'occasion de leurs fonctions.

Le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire fut sanctionné d'une façon générale par la procédure de conflit; mais en même temps, pour assurer l'application de la deuxième injonction et pour éviter aux fonctionnaires des poursuites téméraires ou passionnées, le législateur consulaire subordonna toutes les poursuites dirigées contre eux à une autorisation préalable de l'autorité administrative.

II. — L'ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION DE L'AN VIII ET LA GARANTIE ADMINISTRATIVE.

L'article 73 de la Constitution de l'an VIII vint donner une forme définitive et durable au système de l'autorisation préalable.

Cette constitution consacre tout un titre à la responsabilité des fonctionnaires, mais elle distingue entre les ministres et les autres fonctionnaires. Elle décide, dans son article 73, que les ministres ne pourront être mis en jugement que par un décret du Corps législatif et jugés par une Haute-Cour. L'article 75, qui concerne les autres fonctionnaires, est ainsi conçu : « Les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis, pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat; en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires. »

Ce texte, qui établit ce qu'on a appelé la *garantie administrative*, n'est que la confirmation des règles édictées pendant la période révolutionnaire. Plusieurs dispositions analogues se rencontrent dans les lois votées par l'Assemblée Constituante, notamment dans le décret du 16 mars 1789 (art. 61) et dans le décret des 7-14 octobre 1790 qui, interprétant la loi des 16-24 août 1790 sur la séparation des autorités administrative et judiciaire, ajoute : « Aucun administrateur ne peut être traduit devant les tribunaux pour raison de ses fonctions publiques, à moins qu'il n'y ait été renvoyé par l'autorité supérieure, conformément aux lois. »

Sous le régime révolutionnaire, l'autorisation émanait du supérieur hiérarchique du fonctionnaire poursuivi. Avec l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, il n'y a plus qu'une autorisation unique : celle du Conseil d'Etat (11). Cet article n'a pas eu pour but de limiter l'étendue de la responsabilité des fonctionnaires, mais plutôt de les protéger contre les poursuites malicieuses. Aussi décide-t-il que, si les tribunaux judiciaires sont compétents pour juger la responsabilité personnelle des fonctionnaires, ces derniers ne peuvent être

(11) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^{me} éd., t. I, p. 635.

poursuivis qu'en vertu d'une autorisation du Conseil d'Etat pour « les faits relatifs à leurs fonctions ».

Mais qu'entendre par faits relatifs aux fonctions, c'est-à-dire quels sont les actes protégés par l'article 75 ? Quels sont les faits pour lesquels l'autorisation du Conseil d'Etat est nécessaire ? (12).

Les termes de la loi sont tout à fait vagues et les discussions sur ce dernier point furent nombreuses. La jurisprudence elle-même a varié sur l'étendue d'application de l'article 75. L'arrêt de la Cour de cassation du 8 mai 1846 (13) avait décidé que cet article n'exigeait pas que les faits aient lieu pour l'exercice des fonctions de l'agent; que, s'il en était ainsi, il resterait toujours sans application, puisque le droit de commettre un délit ne peut faire partie d'aucune fonction publique; que l'article 75 voulait seulement que les faits fussent relatifs aux fonctions.

L'arrêt de la Cour de cassation du 31 mars 1864 (14) avait au contraire considérablement réduit la portée de l'article 75 en déclarant que, pour que cet article puisse recevoir application, il fallait essentiellement que les faits fussent relatifs aux fonctions ou en d'autres termes qu'ils fussent un acte de la fonction elle-même, avec laquelle ils s'identifiaient et dont ils constituaient l'exercice bien qu'abusif.

Ce dernier arrêt semble avoir méconnu la véritable raison d'être de l'autorisation préalable. S'il avait fallu que les faits reprochés aux fonctionnaires fussent des actes de la fonction

(12) Consulter sur ce point : Laferrière, *op. cit.*, 2^{me} éd., t. I, p. 638; Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3^{me} éd., p. 69; Perreau, *op. cit.*, p. 25; Feuilleux, *Conclusions sous Trib. confl.*, 22 juillet 1909 (Carbonnel), *Revue Gén. d'Adm.*, 1910, t. I, p. 57; Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions. Revue du droit public*, année 1900 à 1903, ch. xxii (année 1902 t. xvii, p. 446 et suiv.).

(13) Cass., 8 mai 1846 (Regnault) S., 46. 1. 589.

(14) Cass., 31 mars 1864 (Chéronnet) D., 64. 1. 448.

elle-même, l'article 75 n'aurait jamais eu d'application possible puisque, comme le fait remarquer l'arrêt antérieur, le droit de commettre un délit ou une faute ne peut jamais faire partie de l'exercice d'aucune fonction publique. Les faits prévus par l'article 75 et pour lesquels l'autorisation était nécessaire étaient des faits que la fonction ne comportait certes pas, mais qui se produisaient à l'occasion de la fonction et qui avaient, non en droit, mais en fait, une corrélation très étroite avec elle.

Aussi le Conseil d'Etat, appelé à statuer sur les demandes en autorisation, possédait-il un large pouvoir d'appréciation pour les accorder ou les refuser. Il n'avait qu'à s'inspirer de l'intérêt de l'Administration pour baser sa décision et, dans de nombreuses circonstances, il abusa même de ses pouvoirs étendus. (15).

La décision du Conseil d'Etat n'était d'ailleurs pas un jugement sur la compétence, mais une simple autorisation administrative (16). Son refus constituait une fin de non-recevoir, formant un obstacle absolu à toutes les poursuites dirigées contre les fonctionnaires, aussi bien aux poursuites criminelles et correctionnelles intentées par le ministère public qu'aux poursuites civiles intentées par les particuliers (17).

Mais lorsque l'autorisation préalable du Conseil d'Etat n'avait pas été demandée, les tribunaux judiciaires saisis d'une action en responsabilité dirigée contre un fonctionnaire étaient eux-mêmes compétents pour statuer sur le point de savoir si cette autorisation était nécessaire. C'est ce qui explique l'importance de la jurisprudence judiciaire

(15) Perreau, *op. cit.*, p. 27.

(16) Sur la nature juridique de l'autorisation préalable, consulter Planté, *op. cit.*, p. 61 et suiv.

(17) L'art. 75 de la constitution de l'an VIII était sanctionné par l'art. 127 du Code pénal.

dans l'histoire de la garantie administrative. A lui seul, le défaut d'autorisation ne suffisait pas pour permettre à l'Administration d'élever le conflit : car il ne s'agissait là que d'une formalité de procédure. Cette règle, longue à s'établir, a été consacrée par l'article 3 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828, qui décide que le conflit ne peut pas être élevé lorsque le tribunal judiciaire admet la poursuite contre un fonctionnaire administratif sans se conformer à la nécessité de l'autorisation préalable.

Il faut reconnaître que les tribunaux judiciaires n'abusèrent cependant pas des pouvoirs à eux conférés par l'ordonnance de 1828. Aussi en fait, la garantie administrative conduisit-elle à la quasi-irresponsabilité des fonctionnaires administratifs.

Cette institution en arriva ainsi à dépasser singulièrement le but poursuivi. Sans doute, le principe de la responsabilité personnelle des fonctionnaires était maintenu en apparence, mais ce n'était qu'une responsabilité illusoire, car sa mise en œuvre était subordonnée à l'agrément du gouvernement. D'un côté, le Conseil d'Etat n'avait qu'une justice retenue (18), et d'un autre côté, lorsque l'Administration voulait reconnaître la responsabilité d'un fonctionnaire, elle lui infligeait une sanction disciplinaire, mais refusait toute autorisation de poursuivre (19).

Cependant, l'article 75 a eu une longue durée et a survécu

(18) Jusqu'à la loi du 24 mai 1872, le Conseil d'Etat n'avait pas, en effet, un pouvoir de juridiction propre : toutes ses décisions étaient prises sous la signature du chef de l'Etat. C'était le système de la justice retenue.

(19) V. conclusions Tardieu sur Trib. conf., 21 juin 1908 (Morizot) S., 08. 08. III. 81. « Quand un particulier, lésé par un fonctionnaire, demandait l'autorisation de poursuivre et que l'Administration, tout en reconnaissant les torts de son agent, voulait étouffer l'affaire, elle le frappait d'une peine disciplinaire, et, estimant que celle-ci constituait une satisfaction suffisante pour la partie lésée, refusait à celle-ci l'autorisation de poursuivre ».

à toutes nos constitutions jusqu'en 1870. Il a subsisté comme disposition de loi ordinaire, malgré la disparition de la Constitution consulaire, parce que la règle qu'il édictait était une règle de droit administratif sans rapport nécessaire avec le régime politique établi par cette constitution (20).

Dans sa longue durée, l'article 75 n'a subi que certaines modifications ou atténuations sans importance. Quelques textes, postérieurs à l'an VIII, transportèrent du Conseil d'Etat à certaines Administrations supérieures le droit d'autoriser les poursuites : ainsi l'arrêté du 9 pluviôse an X, pour l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines. Pour d'autres catégories de fonctionnaires, le système de l'article 75 fut d'assez bonne heure complètement mis de côté, notamment pour les agents des contributions directes et indirectes coupables d'avoir procédé à une perception illégale de l'impôt (Lois des 8 décembre 1814, 28 avril 1816 et 4 août 1844).

Mais, d'une façon générale, on peut dire que les dispositions de la Constitution de l'an VIII concernant la responsabilité des fonctionnaires se sont maintenues dans leur intégralité jusqu'en 1870 et que les fonctionnaires administratifs ont bénéficié jusqu'à cette époque de la garantie administrative la plus complète.

Aussi avons-nous, dans tout l'arsenal de nos lois, peu de textes qui aient eu en même temps la même célébrité et la même impopularité que l'article 75. L'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire, dans son article 50, avait promis une réforme, mais cette promesse ne fut par réalisée.

Sous la Restauration et la Monarchie de Juillet, l'article 75 fut violemment attaqué par de nombreux jurisconsultes et publicistes et eut à subir les vives critiques du

(20) Perreau, *op. cit.*, p. 18; Esmein, *op. cit.*, p. 519.

parti libéral, qui le considérait comme contraire aux principes d'un gouvernement libre. Ces critiques n'eurent qu'un résultat platonique : l'article 69 de la Charte de 1830 annonça un projet de loi générale sur la responsabilité des fonctionnaires. Plusieurs projets furent déposés, mais, malgré de très longues et confuses discussions qui remplirent toute la session de 1835, les tentatives de réforme n'aboutirent qu'à un échec. On essayait de distinguer les fonctionnaires administratifs et les fonctionnaires politiques et, si le projet de la commission posait le principe de la poursuite directe des fonctionnaires responsables devant les tribunaux judiciaires et de l'abrogation de l'article 75, les obstacles mis aux poursuites étaient si nombreux, la procédure si longue et si compliquée, que le projet était en fait impraticable et mécontentait tous les partis (21).

Le même sort était réservé, pour les mêmes raisons, au nouveau projet présenté à l'Assemblée Nationale de 1848 (22).

La Constitution de 1852 se garda naturellement d'abroger l'article 75 et le second Empire le mit au service de sa politique autoritaire. Il y eut de nombreux abus, de véritables scandales : les statistiques sont là pour en témoigner. Le parti républicain et libéral demanda constamment la suppression de la garantie administrative et fit de cette suppression un des articles essentiels de son programme.

Aussi, un des premiers actes du Gouvernement de la Défense Nationale fut-il de faire disparaître l'article 75 pour donner satisfaction à l'opinion publique et le décret du 19 septembre 1870 qui mit fin à la garantie administrative fut ratifié sans discussion par l'Assemblée Nationale

(21) Sur les tentatives de réformes sous la Monarchie de Juillet, cons. Depaule, *op. cit.*, p. 77 et suiv.

(22) Depaule, *Ibid.*, p. 97.

III. — LE DÉCRET DU 19 SEPTEMBRE 1870 ET SES
CONSÉQUENCES JURIDIQUES.

Ce décret est ainsi conçu :

« ARTICLE PREMIER. — L'article 75 de la Constitution de l'an VIII est abrogé. Sont également abrogées toutes les autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre.

« ART. 2. — Il sera ultérieurement statué sur les peines civiles qu'il peut y avoir lieu d'édicter, dans l'intérêt public, contre les particuliers qui auraient dirigé des poursuites téméraires contre des fonctionnaires. »

Ce texte, en apparence très clair, semblait ne devoir soulever aucune difficulté : son application donna cependant lieu à de violentes controverses qui n'ont plus qu'un intérêt purement historique (23).

Les divergences d'interprétation qui suivirent ainsi le décret du 19 septembre 1870 sont la conséquence de la hâte avec laquelle ce décret avait été rédigé. Ses auteurs n'eurent, en effet, qu'un seul but : supprimer l'autorisation préalable et permettre aux particuliers de poursuivre directement les fonctionnaires administratifs devant les tribunaux judiciaires. Mais une question qu'ils n'avaient peut-être point prévue se posa aussitôt.

On se demanda si désormais les tribunaux judiciaires allaient se trouver compétents pour recevoir et juger toute action en responsabilité personnelle intentée contre un fonctionnaire, pour apprécier tous les éléments d'un acte admi-

(23) Les derniers échos de ces controverses se trouvent dans le livre de M. Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*, 1899, ch. IV p. 113 et suiv.

nistratif susceptible d'entraîner la responsabilité de son auteur. En admettant une pareille solution, ne devait-on pas se heurter au principe de la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire et à la règle de l'incompétence des tribunaux judiciaires pour connaître des actes administratifs ?

Ce fut pourtant cette solution, qui mettait en échec un des principes fondamentaux de notre droit public, qui fut d'abord consacrée par plusieurs décisions de jurisprudence. Il suffira de citer les deux plus importantes. La Commission provisoire remplaçant le Conseil d'Etat et faisant fonctions de Tribunal des conflits se prononça pour la compétence absolue des tribunaux judiciaires pour apprécier tous les éléments d'une poursuite en diffamation dirigée contre un préfet qui avait suspendu un journal, et ce, malgré les conclusions contraires de M. Laferrière, commissaire du gouvernement (arrêté du 7 mai 1871) (24). La Cour de cassation se rallia au même système et apprécia au fond les mesures prises par un général commandant l'état de siège, qui avait fait incarcérer un individu à la suite d'une altercation avec un officier (25).

Comme conséquence de cette jurisprudence, les poursuites contre les fonctionnaires commençaient à se multiplier, lorsqu'intervint la loi du 24 mai 1872 réorganisant le Tribunal des conflits : le gouvernement posa à nouveau la question devant cette juridiction qui se prononça immédiatement en sens contraire des décisions précédentes.

Le 30 juillet 1873, le Tribunal des conflits, sur les conclusions de M. le commissaire du gouvernement David et le rapport de M. le président Mercier, alors président de la

(24) Cons. d'Etat, 7 mai 1871 (de Cumont et Sicfflet), *Rec.*, p. 28, D., 72. 3. 18

(25) Cass. Req., 3 juin 1872 (général Meyère). D., 72. 1. 385. S., 72. 1. 186.

Chambre civile de la Cour de cassation et qui en devenait peu de temps après premier président, rendit une décision Pelletier qui présente une haute portée doctrinale et est comme le point de départ de la construction juridique que nous avons à étudier (26).

Il n'est pas inutile de rappeler les circonstances de cette affaire. Le 18 janvier 1873, le commissaire spécial de police de Creil avait opéré, dans la gare de cette ville, la saisie du premier numéro du journal « Le Devoir », conformément aux ordres que le général de Ladmirault, commandant l'état de siège dans le département de l'Oise, lui avait donnés à cet effet, en vertu des pouvoirs conférés à l'autorité militaire par la loi du 9 août 1849. A la suite de cette saisie, le sieur Pelletier, propriétaire-gérant du journal, avait assigné en responsabilité civile pour faute personnelle devant le Tribunal de Senlis, qui s'était déclaré compétent, le général de Ladmirault, le préfet de l'Oise et le commissaire de police.

Le conflit ayant été élevé, la question de compétence des tribunaux judiciaires en matière de responsabilité personnelle des fonctionnaires se trouva ainsi soulevée pour la première fois dans toute son étendue devant le Tribunal des conflits.

Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement rappelait la jurisprudence antérieure qui semblait dénier à l'autorité administrative le droit d'élever le conflit dans les actions en responsabilité civile, engagées contre les fonctionnaires publics pour des faits relatifs à leurs fonctions, alors même que ces faits constitueraient des actes administratifs proprement dits. Il adressait de vives critiques à cette jurisprudence, qui reposait sur une confusion entre les

(26) Trib. conf., 30 juillet 1873 (Pelletier), S., 74. 2. 28, D., 74. 3. 3, avec les conclusions de M. le commissaire du gouvernement David.

actes administratifs protégés par la garantie réelle qui est de l'essence même du principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire et les faits relatifs aux fonctions protégés autrefois par la garantie personnelle de l'article 75. Le décret de 1870 n'avait eu pour conséquence que la suppression pure et simple des dispositions de cet article 75, mais il laissait subsister intact le principe fondamental de la séparation des pouvoirs et le droit pour l'administration de revendiquer devant l'autorité judiciaire la connaissance et le contrôle de ses propres actes par la voie du conflit.

Le Tribunal des conflits se rangea à l'opinion du commissaire du gouvernement et rendit, le 30 juillet 1873, une décision célèbre qui constitue une décision de principe et où on lit : « Considérant que l'ensemble de ces textes (textes relatifs à la séparation des pouvoirs) établissait deux prohibitions distinctes qui, bien que dérivant l'une et l'autre du principe de la séparation des pouvoirs dont elles avaient pour but d'assurer l'exacte application, se référaient néanmoins à des objets divers et ne produisaient pas les mêmes conséquences au point de vue de la juridiction; que la prohibition faite aux tribunaux judiciaires de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, constituait une règle de compétence absolue et d'ordre public, destinée à protéger l'acte administratif, et qui trouvait sa sanction dans le droit conféré à l'autorité administrative de proposer le déclinatoire et d'élever le conflit d'attributions, lorsque contrairement à cette prohibition, les tribunaux judiciaires étaient saisis de la connaissance d'un acte administratif;

« Que la prohibition de poursuivre les agents du gouvernement sans autorisation préalable, destinée surtout à protéger les fonctionnaires publics contre des poursuites téméraires, ne constituait pas une règle de compétence, mais

créait une fin de non-recevoir formant obstacle à toutes poursuites dirigées contre ces agents pour des faits relatifs à leurs fonctions, alors même que ces faits n'avaient pas un caractère administratif et constituaient des crimes ou délits de la compétence des tribunaux judiciaires; que cette fin de non-recevoir ne relevait que des tribunaux judiciaires et ne pouvait jamais donner lieu, de la part de l'autorité administrative, à un conflit d'attributions ;

« Considérant que le décret rendu par le Gouvernement de la Défense Nationale, qui abroge l'article 73 de la Constitution de l'an VIII, n'a eu d'autre effet que de supprimer la fin de non-recevoir résultant du défaut d'autorisation et de rendre ainsi aux tribunaux judiciaires toute leur liberté d'action dans les limites de leur compétence; mais qu'il n'a pu avoir également pour conséquence d'étendre les limites de leur juridiction, de supprimer la prohibition qui leur est faite, par d'autres dispositions que celles spécialement abrogées par le décret, de connaître des actes administratifs et d'interdire dans ce cas à l'autorité administrative, le droit de proposer le déclinatoire et d'élever l'arrêté de conflit; qu'une telle interprétation serait inconciliable avec la loi du 24 mai 1872 qui, en instituant le Tribunal des conflits, consacre à nouveau le principe de la séparation des pouvoirs et les règles de compétence qui en découlent. »

Le jugement du Tribunal des conflits relève ensuite le caractère administratif de la décision ayant donné lieu à la poursuite, et il constate : « Qu'en dehors de cet acte, le demandeur n'impute au défendeur aucun *fait personnel*, de nature à engager sa responsabilité particulière. »

Ainsi était posé par le Tribunal des conflits, le principe de la distinction entre le fait de fonction et le fait personnel, et la règle que les tribunaux judiciaires sont incompétents pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre les

fonctionnaires, lorsque ces actions sont fondées sur une faute fonctionnelle. Cette décision, qui devait fixer définitivement la jurisprudence sur l'interprétation à donner au décret du 19 septembre 1870, souleva de vives polémiques : nous pensons cependant qu'elle est irréprochable.

Les partisans de la liberté absolue des poursuites contre les fonctionnaires devant les tribunaux judiciaires (27), soutiennent que la décision du 30 juillet 1873 est en opposition avec les termes mêmes du décret du 19 septembre 1870, et essaient d'apporter la preuve que ce décret, s'il n'a pas supprimé le principe de la séparation des pouvoirs, y a porté atteinte en ce qui concerne les actions en responsabilité contre les fonctionnaires. Ils raisonnent ainsi : les tribunaux judiciaires, depuis l'époque révolutionnaire, ont toujours été compétents pour juger la responsabilité des fonctionnaires, mais sous une condition, l'autorisation préalable. Cette autorisation étant supprimée, ils sont compétents sans restriction. Ils peuvent donc apprécier les dommages causés aux particuliers par les fonctionnaires, à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, même s'il s'agit de fautes administratives.

Mais le Tribunal des conflits, dans ses longs considérants rappelés, a par avance répondu à cette argumentation. Avant 1870, il y avait, en effet, au profit des actes administratifs et des fonctionnaires deux garanties différentes, découlant sans doute du même principe de la séparation des pouvoirs, mais ayant chacune une nature différente. La garantie du conflit était une règle de compétence protégeant les actes administratifs en eux-mêmes, quelque fût le genre des actions portées devant les tribunaux judiciaires, et

(27) Bathie, *Traité de droit public et administratif*, 2^{me} éd., t. II, p. 492; Duroc, *Cours de droit administratif*, 7^{me} éd., t. III, p. 345; Jacquelin, *op. cit.* ch. IV, p. 130; Artur, *op. cit.*, ch. XXII, p. 433.

L'autorisation préalable était une règle de procédure ayant pour but d'assurer une protection particulière aux fonctionnaires contre l'abus des poursuites. Le décret de 1870, en supprimant la nécessité de l'autorisation préalable, a mis fin à la garantie personnelle aux fonctionnaires, mais les règles de compétence demeurent et les domaines des deux sortes de contentieux administratif et judiciaire ne sont pas modifiés (28).

Il n'est pas permis de dire dès lors, qu'il existe dans notre droit actuel, une garantie exceptionnelle arrêtant les poursuites contre les fonctionnaires : la jurisprudence, née de la décision du 30 juillet 1873, ne fait qu'appliquer aux actes même dommageables des fonctionnaires, le principe général de la séparation des autorités administrative et judiciaire, et ce principe est mis en œuvre par le Tribunal des conflits dont l'esprit d'impartialité et d'indépendance est unanimement reconnu.

Le système actuel présente d'ailleurs de sérieux avantages sur le système de l'article 75. Le conflit, en effet, ne sera pas élevé dans tous les cas, mais seulement si l'Administration pense que le fait dommageable a été commis dans le service et constitue une faute de service. De plus, le conflit ne risque pas d'arrêter les poursuites, car, au lieu d'être préalable comme l'autorisation, il est postérieur au commencement des poursuites.

Un fait probant qui démontre bien le libéralisme du système actuel, c'est que les poursuites contre les fonctionnaires sont devenues plus nombreuses depuis la décision du

(28) Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 643 et suiv.; Berthélemy, *Les poursuites contre les fonctionnaires pour actes accomplis à l'occasion de leurs fonctions*, *Revue gén. d'Ad.*, 1898, t. I, p. 5; Barthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 5^{me} éd., p. 68; M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 8^{me} éd., p. 98.

30 juillet 1873 que sous l'ancienne règle: on peut donc affirmer que cette décision marque une date capitale dans l'histoire de la responsabilité personnelle des fonctionnaires.

Les principes posés par elle ont été admis par toutes les juridictions. Cependant, à une époque politique agitée, le problème de la responsabilité personnelle des fonctionnaires faillit être remis en discussion (29). Plusieurs propositions de loi furent même déposées devant le Parlement, mais aucune n'aboutit (30). Si bien, que la loi annoncée par l'article 2 du décret du 19 septembre 1870 n'ayant point été faite, il n'existe à l'heure actuelle, dans toute notre immense collection législative, aucun texte qui, de près ou de loin, vise la responsabilité personnelle des fonctionnaires.

Avec M. Duguit (31), nous sommes d'avis qu'il faut s'en féliciter. L'évolution juridique en cette matière a donc pu s'accomplir en toute liberté, sans soulever les protestations de l'opinion publique. S'il en a été ainsi d'ailleurs, c'est que, parallèlement à la responsabilité personnelle des fonctionnaires, s'est développée la responsabilité, non seulement de l'Etat, mais de toutes les Administrations publiques (32). Sur ce point, les transformations ont été radicales. L'Etat n'est plus la personne irresponsable du droit révolutionnaire : sa responsabilité peut être mise en jeu et la caisse collective doit réparer le préjudice causé dans tous les cas où ce préjudice est la conséquence du fonctionnement des services publics. Par cette double évolution de la responsabilité

(29) Trib. conf., 29 décembre 1877 (Affaire du Bulletin des Communes), *Rec.*, p. 1075, D., 78. 3. 20.

(30) Proposition Versigny, 22 février 1878; Prop. Bozerian et Hérold, 26 mai 1879; Prop. Saint-Martin, 14 juin 1879. Voir Perreau, *op. cit.*, p. 162 et Depaule, *op. cit.*, p. 209.

(31) L. Duguit, Note précitée sous Bordeaux, 19 juin 1917, p. 2.

(32) Cf. conclusions L. Blum sous Cons. Etat, 26 juillet 1918 (Epoux Lemonnier), S., 18-19. 3. 44.

personnelle et de la responsabilité étatique, les intérêts des administrés se trouvent aujourd'hui pleinement protégés : s'il y a faute de service, l'Etat est responsable; s'il y a faute personnelle, c'est la responsabilité du fonctionnaire qui est engagée.

Dès lors, la question se ramène à distinguer la faute personnelle de la faute de service, et, d'une manière générale, on peut dire que, depuis la décision Pelletier tous les progrès de la jurisprudence et de la doctrine ont consisté essentiellement à rechercher les cas dans lesquels et les conditions auxquelles la faute du fonctionnaire est de telle nature qu'elle entraîne sa responsabilité personnelle et fait cesser celle de l'Etat.

C'est là tout le problème du fondement, de la nature juridique et de l'étendue de la responsabilité personnelle des fonctionnaires que nous allons maintenant examiner.

CHAPITRE II

Les diverses théories proposées sur la distinction de la faute personnelle et de la faute de fonction.

Le principe de la distinction entre le fait personnel et le fait de fonction, ou plus exactement entre la faute personnelle et la faute de fonction, domine toute la théorie de la responsabilité personnelle des fonctionnaires. On peut formuler ainsi ce principe : pour qu'un fonctionnaire administratif puisse être déclaré responsable pécuniairement envers un particulier, il faut qu'il ait commis une faute personnelle; s'il s'agit simplement d'une faute de fonction, il peut y avoir responsabilité de l'Administration, mais non du fonctionnaire (1).

Cette double formule n'est pas discutable et la distinction qu'elle renferme est devenue classique. Elle a été reproduite dans la plupart des motifs des multiples décisions de jurisprudence, tant judiciaire qu'administrative, qui sont intervenues dans la matière depuis l'affaire Pelletier. Un arrêt récent de la Cour de cassation (2), avant de procéder à l'examen des faits, prend encore soin de se référer à cette distinction générale : « Attendu que si les tribunaux de

(1) L. Duguit, Note sous Bordeaux, 19 juin 1917, précitée, p. 2.

(2) Cass., 5 janvier 1921 (Epoux Lemonnier). D., 21. 1. 17, avec une note de M. Appleton.

L'ordre judiciaire sont compétents pour connaître des actions auxquelles peuvent donner lieu les faits accomplis par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions, c'est à la condition que ces faits constituent, à la charge des fonctionnaires, une faute personnelle distincte de l'acte administratif. »

Cette distinction entre la faute personnelle et la faute de fonction est également admise par la presque unanimité des auteurs (3), même par ceux qui veulent fonder la responsabilité des administrations publiques sur des notions civilistes (4). Nous la retrouvons aussi dans certaines législations étrangères. Le Code civil allemand, dans son article 839, formule un principe tout à fait analogue à celui qui se dégage de la jurisprudence française. « Le fonctionnaire, qui intentionnellement ou par négligence viole un devoir professionnel lui incombant vis-à-vis d'un tiers, doit réparer envers celui-ci le dommage causé. Si le fonctionnaire n'est coupable que de négligence, il ne peut être pris à partie que lorsque le lésé ne peut obtenir réparation d'une autre manière ». Si ce texte implique peut-être en fait une appréciation plus rigoureuse de la responsabilité des fonctionnaires que celle que nous allons proposer, l'idée générale dont il s'inspire reste la même (5).

(3) Cf., notamment, Laferrière *op. cit.*, t. I, p. 646 et suiv.; Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10^{me} éd., p. 370 et suiv.; L. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, 1903, p. 634 et suiv.; *Traité de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., t. I, p. 345 et suiv.; *Les transformations du droit public*, 1913, p. 271 et suiv.; Note précitée sous Bordeaux, 19 juin 1917, S., 48-19. 1; G. Jèze, Note dans *Revue du droit public*, 1909, p. 262 et suiv. — *Contra* Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*, ch. IV, p. 136; Lacoïn, *Procédure à organiser pour rendre efficace la responsabilité des magistrats et fonctionnaires*, *Revue pénitentiaire*, 1905, p. 396; Paloque, *De la distinction entre la faute personnelle et la faute de service du fonctionnaire*, Thèse, Paris, 1909.

(4) Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, t. II, p. 278.

(5) L. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 651.

Cette idée n'est d'ailleurs pas une innovation du Tribunal des conflits. Elle était, depuis longtemps déjà, consacrée par nos lois en matière de prise à partie pour les fonctionnaires de l'ordre judiciaire, par l'article 505 du Code de procédure civile. Les magistrats ne sont susceptibles d'être pris à partie que dans certains cas limitativement déterminés et ces cas constituent tous les fautes personnelles les plus graves qui puissent être commises dans l'exercice des fonctions judiciaires. La jurisprudence n'a fait que transporter aux fonctionnaires de l'ordre administratif les règles sur lesquelles repose la responsabilité des magistrats (6).

Si le principe de la distinction entre la faute personnelle et la faute de fonction n'est plus en discussion, son application ne cesse pas cependant de soulever certaines difficultés. « Si l'esprit et la conscience du juge discernent à merveille la différence qu'il y a entre une faute personnelle commise dans l'exercice des fonctions et l'exercice même de ces fonctions, si les faits mettent souvent cette différence en pleine lumière, souvent aussi la ligne de démarcation est difficile à préciser » (7).

I. — LA RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DES FONCTIONNAIRES EST UNE RESPONSABILITÉ POUR FAUTE.

Pour que la responsabilité des fonctionnaires se trouve engagée, il faut, d'abord, qu'il y ait une faute.

Par là, on aperçoit immédiatement que le problème de la responsabilité des fonctionnaires se présente dans des termes tout à fait différents de ceux dans lesquels se pose

(6) Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 646; Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 651.

(7) Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 648.

le problème de la responsabilité de l'Etat. Sans doute, il existe des relations très étroites entre ces deux sortes de responsabilité, et le domaine de l'une ne commence que là où finit le domaine de l'autre; mais elles reposent chacune sur un principe essentiellement différent. Tandis que la responsabilité qui atteint l'Administration est une responsabilité objective ou une responsabilité pour risque, la responsabilité qui frappe les fonctionnaires est une responsabilité pour faute ou une responsabilité subjective.

La responsabilité de l'Administration ne peut reposer sur l'idée de faute, car la faute, nous l'allons voir, implique l'existence d'une personne titulaire d'une volonté consciente : or l'Etat n'est pas une personne, mais un groupement de services publics et, par conséquent, il ne peut commettre de faute.

La responsabilité de l'Administration se rattache plutôt à cette idée que lorsqu'un service public a occasionné un préjudice à un particulier, c'est le patrimoine affecté au fonctionnement de ce service public qui doit assurer la réparation du préjudice causé. Le service public, fonctionnant dans l'intérêt collectif, c'est la caisse collective qui doit supporter tous les risques de ce fonctionnement, et il en est ainsi sans qu'il soit besoin de distinguer s'il y a eu ou s'il n'y pas eu faute, c'est-à-dire violation de la loi du service par le fonctionnaire (8). Il suffit qu'il y ait une relation directe entre le fonctionnement du service public et le préjudice causé, pour que l'Administration soit déclarée responsable. La caisse publique est, en quelque sorte,

(8) La jurisprudence la plus récente du Conseil d'Etat admet la responsabilité de l'Etat en dehors de toute faute : il suffit qu'un dommage spécial ait été causé par le fonctionnement du service public. Cons. d'Etat, 28 mars 1919 (Regnault-Desroziers). *Rev. droit publ.*, 1919, p. 239; S., 18-19. 3. 25, avec une note de M. Hauriou.

une caisse d'assurances mutuelles des individus contre les dommages à eux occasionnés dans l'intérêt public. La responsabilité de l'Administration est donc une responsabilité purement objective qui repose sur la notion suivante : l'égalité de tous les administrés devant les charges qui résultent pour eux du fonctionnement des services publics (9).

La responsabilité personnelle des fonctionnaires est, au contraire, une responsabilité subjective. Pour que le fonctionnaire soit déclaré responsable, il faut, en dehors du préjudice causé, qu'il ait commis une faute. Et la notion de faute à appliquer est celle qui résulte des articles 1382 et suivants du Code civil.

La faute, c'est la violation par une volonté libre d'une règle de droit dont la loi ordonne la réparation quand elle a causé un dommage à autrui. Elle suppose l'existence préalable d'un devoir imposé par le droit objectif à un individu déterminé et un acte consciemment accompli par cet individu en violation de la règle du droit établie : la responsabilité civile est encourue par la personne à laquelle est imputable la violation de cette règle (10).

La faute n'implique pas toujours l'intention de nuire. Il peut se faire que cette intention existe et ce sera souvent le cas dans la pratique : la faute sera alors plus grave, mais elle ne changera pas de nature. Voici quelques exemples de jurisprudence où l'intention mauvaise est manifeste. C'est l'acte du maire qui, pour discréditer un adversaire politique, postérieurement à l'affichage du tableau rectifi-

(9) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 547 et suiv.; *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, 1^{re} éd., p. 97 et suiv.; *Les transformations générales du droit privé*, p. 144 et suiv. Note précitée sous Bordeaux, 19 juin 1917, p. 2.

(10) L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé*, p. 137 et suiv. *Les transformations du droit public*, p. 228 et suiv.; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^{me} éd., t. II, p. 286 et suiv.

catif de la liste électorale, fait apposer une affiche spéciale signalant que cet adversaire a été, à bon droit, rayé de la liste électorale à la suite d'une déclaration en faillite (11). C'est également l'acte du maire qui, pour des raisons de pure animosité personnelle, interdit l'accès d'un abattoir à un boucher (12).

Mais, pour que la faute du fonctionnaire entraîne une responsabilité quelconque, l'intention de nuire n'est pas nécessaire. L'intention de nuire avait cependant joué un certain rôle dans les doctrines civilistes qui avaient mis à part la faute délictuelle et la faute quasi-délictuelle (13). Cette distinction n'a plus aucune raison d'être aujourd'hui. On trouve pourtant encore l'expression de quasi-délit dans quelques décisions de jurisprudence et notamment dans une décision du Tribunal des conflits qui constate que « les erreurs ou irrégularités relevées contre les fonctionnaires du ravitaillement n'ont pas eu pour effet de faire perdre aux actes accomplis en vue d'assurer l'exécution de la loi sur les réquisitions militaires le caractère d'actes administratifs et de les transformer en quasi-délits de droit commun » (14).

Si la faute du fonctionnaire est toujours une violation des devoirs que lui impose la loi de sa fonction; avec ou sans intention de nuire, cette violation peut consister soit en un acte positif, soit en un acte négatif (15). Les anciens auteurs distinguaient déjà la *culpa in omittendo* et la *culpa in comittendo* et cette distinction se trouve rappelée dans l'article 1383 du Code civil : « Chacun est res-

(11) Trib. des conflits, 4 déc. 1897 (Lalande), S., 99 3. 95.

(12) Trib. des conflits, 8 nov. 1902 (Grosson), S., 05. 3. 83.

(13) Planiol, *op. cit.*, t. II, p. 264 et suiv.

(14) Trib. confl., 17 nov. 1917 (Bailly), D., 18. 3. 1, avec note.

(15) Planiol, *op. cit.*, t. II, p. 284.

pensable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence. » On peut même se demander si, à l'heure actuelle, il n'y aurait pas une tendance de la jurisprudence à étendre la responsabilité personnelle des agents administratifs du côté de la faute par omission. Ce serait certainement un grand avantage de considérer la responsabilité du fonctionnaire comme engagée dans les cas très nombreux où le dommage a été causé par suite de l'inaction de l'autorité qui n'a pas pris les mesures commandées par la prudence la plus élémentaire, dans l'intérêt de la sécurité publique. Mais nous n'avons encore sur ce point qu'une jurisprudence en formation (16).

Si la responsabilité du fonctionnaire est une responsabilité pour faute, il va sans dire qu'il ne suffit pas que le fonctionnaire ait commis une faute pour que sa responsabilité se trouve engagée. Il faut encore que cette faute ait entraîné un préjudice pour un particulier, et la jurisprudence se montre assez sévère sur le rapport de cause à effet qui doit exister entre la faute du fonctionnaire et le préjudice subi.

Pour déterminer le préjudice pouvant donner lieu à réparation, il suffit d'appliquer encore le droit commun de la responsabilité civile (17). La responsabilité du fonctionnaire existe et la réparation est due, qu'il s'agisse d'un préjudice pécuniaire proprement dit, c'est-à-dire d'une atteinte portée au patrimoine d'un particulier, ou qu'il s'agisse d'un dommage causé soit à la personne physique, soit à la personne morale d'un administré. Les

(16) Cf. A. Mestre, note sous Cass. req., 5 juin 1918, S., 48-49. 1. 209, J. Appleton, note sous Cass., 5 janv. 1921, D., 21. 1. 17.

(17) Planiol, *op. cit.*, t. II, p. 284.

exemples de jurisprudence pour illustrer ces différentes catégories de préjudices sont innombrables (18). Les tribunaux sont même allés très loin en ce qui concerne la réparation du préjudice moral : dans les affaires de violation de neutralité scolaire, ils ont admis que les élèves avaient pu avoir leur conscience troublée par les propos immoraux ou obscènes tenus en classe par le maître (19).

II. — LA RESPONSABILITÉ DES FONCTIONNAIRES EST UNE RESPONSABILITÉ POUR FAUTE PERSONNELLE. DES DIVERSES THÉORIES SUR LA NATURE DE LA FAUTE PERSONNELLE.

S'il est nécessaire qu'il y ait une faute du fonctionnaire pour qu'il soit responsable, toute faute n'entraîne pas sa responsabilité. Il faut encore que cette faute présente un caractère spécial : il faut qu'elle constitue une faute personnelle. S'il n'y a qu'une faute de fonction, la responsabilité de l'Administration peut s'ensuivre, mais non celle du fonctionnaire (20).

Tout le problème, avons-nous dit déjà, revient à déterminer le critérium qui permet de distinguer la faute de fonction et la faute personnelle, et de dire dans quels cas et à quelles conditions la faute du fonctionnaire est de telle

(18) Exemples de préjudice pécuniaire: Trib. confl., 24 déc. 1904 (Montlaur), S., 1907, 3. 3; Trib. confl., 11 juillet 1891 (Mohammed ben Belkassen), S., 93. 3. 65, pour les dommages à la propriété; — Trib. confl., 13 déc. 1879, (Requillé), *Rec.*, p. 803. 9, pour les dommages aux animaux; — Trib. confl., 15 mars 1902 (Mascaras), S., 05. 3. 15, pour les dommages aux personnes. — Exemples de préjudice moral : Trib. confl., 26 juillet 1911 (Dame Coutareau), S., 14. 3. 51; Cass., 25 mai 1914 (Commune de Garros), S., 16. 1. 66.

(19) Trib. confl., 2 juin 1908 (Girodet c. Morizot), S., 08. 3. 81; Trib. confl., 9 mai 1914 (Fabas et Aurignac c. Escazeaux), *Recueil.*, p. 571; Rolland, *Les rapports entre les instituteurs et les pères de famille*, *Rev. du dr. publ.*, 1908, p. 87.

(20) L. Duguit, note précitée, p. 2.

nature qu'elle fait cesser la responsabilité de l'Etat envers les particuliers et entraîne la responsabilité personnelle du fonctionnaire.

Avant d'entrer plus loin dans l'examen de ce critérium, on aperçoit, dès maintenant, la raison d'être de la distinction. Lorsqu'il y a seulement faute de fonction, la personnalité du fonctionnaire est en quelque sorte absorbée dans le service public et le dommage causé est plutôt imputable à la mauvaise organisation du service qu'à l'agent. Sans doute le fonctionnaire a agi : mais c'est en réalité le service public qui a fonctionné et mal fonctionné. Il n'y a pas lieu, d'ailleurs, de rechercher quels sont les rapports de droit qui peuvent exister entre le fonctionnaire et la personne administrative au nom de laquelle le fonctionnaire a exécuté son acte. Peu importe que l'on considère le fonctionnaire comme l'organe ou le préposé de cette personne administrative : toutes les fictions de personnes collectives et d'organes doivent être écartées du droit public et, en particulier, des questions de responsabilité. L'expression de faute de fonction se suffit à elle-même, sans qu'il soit besoin d'y recourir : elle signifie que ce n'est pas le fonctionnaire en tant qu'homme qui a causé un préjudice à un particulier, mais que c'est le fonctionnaire agissant en cette qualité et, en définitive, le fonctionnement même du service public qui est l'auteur du dommage (21).

Mais il ne suffit pas de s'en tenir à des formules vagues et de faire sentir la différence qui existe entre la faute personnelle et la faute de fonction : il faut encore rechercher le critérium précis qui, dans la pratique, permette de les distinguer. La seule méthode pour arriver à un résultat satisfaisant est de prendre les multiples décisions de jurisprudence qui sont intervenues en la matière, de les classer

(21) L. Duguit, note précitée p. 2.

et d'en dégager l'idée générale dont elles ne sont que des applications.

Le critérium des passions personnelles de l'agent. — M. Laferrière qui, comme commissaire du gouvernement, a joué un rôle important dans l'élaboration du principe de la distinction entre la faute personnelle et la faute de fonction, a essayé le premier d'enfermer dans une formule concise la notion de la faute personnelle. Il s'exprime ainsi : « Si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur, un mandataire de l'Etat plus ou moins sujet à erreur, et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences, l'acte reste administratif et ne peut être déféré aux tribunaux; si, au contraire, la personnalité de l'agent se révèle par des fautes de droit commun, par une voie de fait, un dol, alors la faute est imputable au fonctionnaire, non à la fonction; l'acte perd son caractère administratif et ne fait plus obstacle à la compétence judiciaire » (22).

Cette formule a été reprise par de nombreux commissaires du gouvernement et notamment par M. Teissier dans ses conclusions de l'affaire Feutry qui, pour la définition de la faute personnelle, s'en tient à la précédente et ajoute : « Pour employer l'expression si caractéristique de nos vieux auteurs, la faute personnelle est celle qui implique la mauvaiseté de l'agent » (23). (Conf. également conclusions Tardieu dans l'affaire Morizot) (24).

Les tribunaux ont maintes fois aussi consacré, mais sou-

(22) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2^{me} éd., t. I, p. 648. Conclusions sous Trib. confl., 3 mai 1877 (Laumonnier-Carriol), D., 78. 3. 13.

(23) Teissier, Conclusions sous Trib. confl., 29 fév. 1908 (Feutry) S., 08. 3. 97.

(24) Tardieu, Conclusions sous Trib. confl., 2 juin 1908 (Morizot), S., 08. 3. 81.

vent d'une manière implicite, le critérium proposé par M. Laferrière. Ils recherchent si les agissements du fonctionnaire poursuivi n'ont pas été inspirés par une volonté malveillante ou par quelque sentiment hostile. La Cour de Toulouse (25) a fait une application intéressante de ce critérium dans une affaire de violation de neutralité scolaire. Un instituteur avait donné à ses élèves des dictées qui renfermaient une série d'outrages et de critiques grossières contre l'Eglise et la religion. La Cour y voit une faute personnelle: « Attendu que les dictées n'ont rien de commun avec l'enseignement que le maître était chargé de donner à ses élèves, qu'elles contiennent de véritables injures à l'adresse de ceux qui appartiennent au culte catholique et qu'à travers ces formules grossières on voit l'homme violent et passionné, plus préoccupé d'inspirer à ses élèves la haine de la religion que de leur apprendre les règles de la morale civique. »

Il faut reconnaître que la formule proposée par M. Laferrière est élégante, claire à l'esprit, d'un emploi facile; mais qu'elle est trop vague et absolument insuffisante pour embrasser d'une façon complète tous les cas de responsabilité personnelle des fonctionnaires administratifs.

M. Laferrière a d'ailleurs essayé de corriger lui-même le caractère trop général de sa distinction en énumérant les différentes hypothèses dans lesquelles se manifeste la faute personnelle et il conclut, après avoir cité et analysé de nombreuses décisions de jurisprudence, qu'il y a faute personnelle dans trois séries d'hypothèses: 1° lorsqu'on se trouve en présence d'imputations diffamatoires relevées contre un fonctionnaire; 2° lorsque les réclamations sont fondées sur des faits de négligence ou d'imprudence; 3° lorsque les réclamations sont fondées sur des abus de

(25) Toulouse, 26 janvier 1914 (Fabas et Aurignac), S., 14. 2. 242.

pouvoirs (26). Et il résume sa doctrine dans la formule suivante : « La responsabilité civile ne s'ajoute » (ou peutôt ne se substitue) « à la responsabilité administrative que si l'irrégularité commise par le fonctionnaire constitue en même temps une faute lourde excédant les risques ordinaires de la fonction ou si elle révèle une intention mauvaise » (27).

Mais, en voulant développer par cette formule son critérium tiré des passions personnelles de l'agent, M. Laferrière a posé les bases d'une nouvelle théorie, celle d'après laquelle la faute personnelle du fonctionnaire doit se déterminer par la gravité de la faute par lui commise.

La distinction de la faute de fonction et de la faute personnelle basée sur la gravité de la faute. — Cette théorie distingue la faute lourde et la faute légère. La faute lourde du fonctionnaire constitue une faute personnelle et entraîne sa responsabilité; la faute légère n'est qu'une faute de service qui peut entraîner la responsabilité de l'Administration et non celle du fonctionnaire. Ce qui caractérise la faute personnelle par rapport à la faute de fonction, c'est donc la gravité de la faute.

M. Jèze s'est fait le défenseur de cette opinion qu'il a développée dans un article de la *Revue du droit public* (28). A la base de son argumentation, il a repris la dernière formule de M. Laferrière et il soutient que c'est cette formule qui a été confirmée et précisée par toute la jurisprudence ultérieure. Après s'être attaché à faire une longue analyse

(26) Laferrière, *Traité de la jurid. administrative*, 2^{me} éd., t. I, p. 648.

(27) Laferrière, conclusions sous Trib. confl., 5 mai 1877 (Laumonaier-Carriol), D., 78. 3. 43.

(28) Jèze, Note sur les principes généraux du droit public français touchant la responsabilité personnelle des fonctionnaires publics, *Revue du droit public*, 1909, p. 262 et suiv.

de cette jurisprudence, il est d'avis, prétendant résumer le droit français actuel, qu'il y a faute personnelle dans deux séries d'hypothèses : 1° lorsque la faute révèle une intention mauvaise; 2° lorsque la faute est lourde et excède les risques ordinaires de la fonction.

La première série d'hypothèses ne présente aucune difficulté. Ce n'est en somme, reprise sous une autre forme, que l'opinion de M. Laferrière d'après laquelle le fonctionnaire est responsable de ses fautes lorsqu'elles laissent apparaître l'homme avec ses faiblesses, ses passions ou ses imprudences. La faute qui révèle une intention mauvaise est certes la plus grave qu'un fonctionnaire puisse commettre : c'est, non seulement une faute lourde, mais un dol. Nous tiendrons compte nous-même de l'intention de l'agent dans la détermination du critérium que nous adopterons pour distinguer la faute personnelle de la faute de fonction. Mais la théorie qui limiterait la notion de faute personnelle à la faute commise avec l'intention de nuire, serait insuffisante : il y a des fautes personnelles qui ne laissent apparaître aucune intention mauvaise à la charge de l'agent (29).

C'est pourquoi M. Jèze lui-même découvre la faute personnelle du fonctionnaire dans une deuxième série d'hypothèses : celle où l'agent s'est rendu coupable d'une faute lourde. D'après la formule du Tribunal des conflits, la faute lourde est une erreur grossière qu'à raison de sa situation le fonctionnaire est inexcusable d'avoir commise. Il y a faute lourde dans trois cas : 1° lorsque l'agent s'est trompé grossièrement dans l'appréciation des faits qui ont motivé

(29) Sur l'importance de l'élément intentionnel dans la détermination de la faute personnelle, cf. note de M. Appleton, sous Cass., 3 janv. 1921 (époux Lemonnier), D., 21. 1. 47.

sa conduite (30); 2° lorsqu'un fonctionnaire s'est trompé grossièrement sur l'étendue de ses pouvoirs légaux et a commis « un véritable abus d'une illégalité flagrante » (31); 3° lorsque l'erreur grossière consiste dans la violation par le fonctionnaire d'une loi pénale lui interdisant formellement d'accomplir l'acte reproché (32).

Nous ne méconnaissons pas qu'un certain nombre de décisions de jurisprudence, surtout judiciaire, semblent adopter la théorie précédente et déterminer la faute personnelle par le degré de gravité de la faute. Il suffira de citer la décision du Tribunal des conflits du 15 mars 1902 (33) : « Considérant que les faits, s'ils étaient établis, constitueraient des fautes lourdes dont la portée excéderait l'exercice normal des fonctions de police sanitaire auxquelles les médecins étaient préposés. » Et l'arrêt de la Cour d'Agen du 29 mai 1903 (34) : « Attendu qu'un fonctionnaire public, dans l'accomplissement ou dans l'abstention d'un acte de sa fonction, ne peut être justiciable des tribunaux civils que s'il est établi qu'il s'est rendu coupable d'un fait personnel tombant sous l'application de la loi pénale ou constituant une faute lourde assimilable au dol. »

Nous ne croyons pas, cependant, que ce soit en ce sens que le droit public se trouve actuellement fixé. Les plus récentes décisions de jurisprudence n'admettent pas une

(30) Exemples cités par M. Jèze : Trib. confl., 15 mai 1908 (Gérome), S., 10. 3. 120; Trib. confl., 15 mars 1902 (Mascaras), S., 05. 3. 15; Trib. confl., 2 juin 1908 (Morizot), S., 08. 3. 81.

(31) Trib. confl., 20 janv. 1900 (Uhel), *Rec.*, p. 51, S., 1900. 3. 89; Trib. confl., 19 mars 1904 (Maudière), *Rec.*, p. 232; Trib. confl., 24 déc. 1904 (Montlaur), S., 07. 3. 3.

(32) Trib. confl., 15 fév. 1890 (Vincent), *Rec.*, p. 183.

(33) Trib. confl., 15 mars 1902 (Mascaras), précité, S., 05. 3. 15.

(34) Agen, 29 mai 1903, sous Cass., 22 janv. 1907 (époux Delpech-Salgues), S., 10. 1. 249.

correspondance exacte entre la faute lourde et la faute personnelle, et entre la faute légère et la faute de fonction. Le fonctionnaire peut être responsable sans que sa faute puisse être qualifiée de lourde et, surtout, il peut échapper à toute responsabilité, bien qu'il ait commis une faute grave et même très grave.

Les exemples de jurisprudence abondent en ce sens. Dans l'affaire Zimmermann (35), le préfet des Basses-Pyrénées avait pris un ensemble de mesures abusives dans le but d'arriver à l'incorporation, dans le domaine public, d'une sablière appartenant à des particuliers. Il avait même fait procéder à l'exécution téméraire de sa décision administrative, annulée ensuite par le Conseil d'Etat. Il est incontestable que ces mesures constituaient une faute grave confinant au dol. Le Conseil d'Etat y a cependant vu une faute de fonction et non une faute personnelle du préfet, parce que les actes accomplis par ce dernier l'avaient été dans un but administratif : « Il avait obéi à cette tendance bien administrative de couvrir quand même ses subordonnés » (36).

Dans l'affaire Delpech-Salgues (37), le maire de la commune avait commis une faute lourde, suivie d'un véritable scandale administratif, en refusant d'installer un ménage d'instituteurs régulièrement nommés, et en les obligeant, pendant cinq mois d'hiver, à se contenter d'une habitation provisoire insuffisante et insalubre, au préjudice de la santé de leurs enfants et au détriment de leur matériel. Ici encore la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont, l'un après l'autre, décidé que l'acte du maire ne constituait qu'un

(35) Cons. d'Etat, 27 février 1903, *Rec.*, p. 178, S., 05. 3. 17, avec note de M. Hauriou.

(36) Note de M. Hauriou, sous arrêt précité.

(37) Cass., 22 janvier 1907, S., 10. 1. 249; Cons. d'Etat, 20 janvier. 1911 S., 11. 3. 137, avec note de M. Hauriou.

fait de service : car, le maire n'avait agi qu'en conformité des décisions du conseil municipal et dans un but d'ordre public communal, croyant que l'installation des instituteurs pouvait amener des troubles sérieux.

M. Hauriou écrit très justement, dans sa note sous cette affaire, que le Conseil d'Etat écarte très nettement la doctrine d'après laquelle la distinction de la faute personnelle et de la faute de fonction doit être faite en s'attachant au degré de gravité de la faute. Le fonctionnaire échappera à toute responsabilité, bien qu'il ait commis une faute grave, quand, ni de fait ni d'intention, il n'est sorti du domaine administratif. Au contraire, la faute peut être en soi peu grave, elle entraînera cependant la responsabilité du fonctionnaire seul, quand celui-ci s'est placé en dehors du fonctionnement du service public, quand il a fait un acte qui ne peut être considéré comme un fait de service.

La doctrine de M. Hauriou et la formule de la circonstance détachable. — M. Hauriou n'a pas voulu s'en tenir à la formule négative qui précède et il a essayé de construire lui-même un système, ou plutôt plusieurs systèmes successifs, pour résoudre le problème de la nature juridique de la faute personnelle.

Dans ses premières notes de jurisprudence (38), il avait fait dépendre la faute personnelle du fonctionnaire de la gravité de la faute commise, mais il s'était ensuite écarté de cette doctrine pour revenir au critérium des passions personnelles (39) de l'agent, tout en essayant d'y apporter les précisions nécessaires. La faute personnelle devenait alors

(38) M. Hauriou, note sous Trib. confl., 11 juillet 1891 (Mohammed ben Belkassen), S., 93. 3. 65; note sous Trib. confl., 3 déc. 1892 (Chabrand), S., 94. 3. 113.

(39) M. Hauriou, note sous Cons. d'Etat, 27 fév. 1903 (Zimmermann), S., 05. 3. 17.

la faute imputable à l'agent plutôt qu'à la mauvaise organisation du service administratif, et la faute de service l'accident imputable à la mauvaise organisation du service plutôt qu'à l'agent(40). « Les services publics, écrivait-il(41), ne sont pas des organisations parfaites, mais il se crée cependant dans les administrations certaines traditions d'activité moyenne, de diligence moyenne; les actes qui restent dans cette moyenne demeurent, par là-même, des actes de la fonction et constituent l'accident administratif, la faute administrative. Au contraire, les actes qui sont au-dessous de la moyenne par la maladresse ou la méchanceté particulière du fonctionnaire qui les a commis, ne sont plus des actes de la fonction, et c'est ce dernier qui doit en être responsable. Il existe donc un certain type habituel d'actes administratifs qui est donné par le fonctionnement normal des services publics et ce n'est que lorsque l'acte dommageable se présente avec des caractères anormaux qu'il fonde la responsabilité personnelle du fonctionnaire. L'agent devient responsable lorsqu'il sort de la ligne habituelle de sa fonction. »

Mais, ce nouveau critérium était aussi vague que les précédents et revenait, en quelque sorte, à la distinction de la faute lourde et de la faute légère. En demandant au fonctionnaire de ne pas sortir des traditions de l'Administration, on lui demandait en réalité de ne pas commettre de faute excessive, c'est-à-dire de faute grave excédant les risques ordinaires de la fonction.

Aussi, M. Hauriou a-t-il abandonné ce dernier critérium, comme les autres, pour s'en tenir à la formule donnée par

(40) M. Hauriou, note sous Trib. confl., 9 déc. 1899 (Deyres), et Trib. confl., 20 janv. 1900 (Uhel), S., 1900. 3. 89.

(41) M. Hauriou, note sous Trib. confl., 26 juin 1897 (Métivier), S., 98. 3. 49; *Précis de droit administratif*, 3^{me} éd., p. 174.

la jurisprudence : les fonctionnaires ne sont personnellement responsables envers les particuliers que des fautes se détachant de l'exercice de leurs fonctions (42). En d'autres termes, il y a fait personnel lorsque, dans les agissements du fonctionnaire, on perçoit une circonstance détachable de ce que serait l'acte administratif purement fonctionnel.

Cette formule de la circonstance détachable, adoptée par M. Hauriou et par un grand nombre d'auteurs, est aujourd'hui unanimement admise par la jurisprudence judiciaire et administrative (43); les tribunaux recherchent si la faute reprochée au fonctionnaire se détache de l'exercice de la fonction ou encore si cette faute se détache de l'acte administratif. Certains même se demandent s'il y a possibilité de diviser l'acte du fonctionnaire pour y relever une faute de droit commun (44).

Toutes ces dernières formules sont insuffisantes, comme les autres, pour arriver à établir une distinction précise entre la faute personnelle et la faute de fonction. Il va falloir maintenant, en effet, se demander en quoi peut consister la circonstance détachable.

Nous verrons au chapitre suivant que, s'il existe des hypothèses où la circonstance détachable réside en un fait

(42) M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 8^{me} éd., 1914, p. 94.

(43) V. Trib. confl., 22 juillet 1909 (Carbennel), S., 12. 3. 33; 22 avril 1910 (Bauzillon et C^{ie}), S., 12. 3. 124; Cons. d'Etat, 20 janvier 1911 (Delpech-Salgues), S., 11. 3. 137; Cass. civ., 8 juillet 1913 (Martel), S., 13. 1. 568; Cass. crim., 23 janv. 1914 (Mesureur), S., 16. 1. 89 et la note de M. Roux; Toulouse, 26 janv. 1914 (Fabas et Aurignac), S., 14. 2. 242; Cass. civ., 23 mai 1914 (C^{ne} de Garros), S., 16. 1. 66; Bordeaux, 19 juin 1917 (Montpillié et autres), S., 18-19. 2. 1, et la note de M. Duguit; Cass. crim., 21 mars 1918 et Cass. req., 5 juin 1918, D., 21. 1. 41, avec note de M. Appleton; Cass., 5 janvier 1921, D., 21. 1. 17, avec autre note de M. Appleton.

(44) Cass. req., 10 mars 1903 (Dervillé), S., I. 435.

matériellement séparable de l'acte administratif, il se rencontre d'autres hypothèses où cette possibilité de séparation matérielle entre l'acte administratif et la circonstance détachable ne se produit pas.

Aussi, M. Hauriou, dans sa dernière édition du *Précis de droit administratif*, a-t-il essayé d'interpréter la circonstance détachable dans un sens plus large et d'y voir une circonstance détachable, sinon de l'acte administratif lui-même, du moins de la conduite administrative ordinaire (45). Il conclut par cette dernière formule : « Le fait personnel consiste en une circonstance qui constitue une faute détachable de la conduite administrative ordinaire, qu'elle soit ou non détachable d'un acte administratif déterminé. »

Mais, ce n'est là qu'une définition de plus. Il n'est pas vrai que la faute personnelle consiste toujours dans une faute détachable; souvent, au contraire, la faute personnelle est incluse dans l'acte et elle devra s'apprécier sans tenir compte de la conduite administrative ordinaire.

Ce qu'il faut rechercher pour déterminer la nature juridique de la faute personnelle, ce ne sont pas les différentes circonstances dans lesquelles elle a pu se produire, mais les raisons qui ont motivé la conduite du fonctionnaire qui l'a commise.

III. — LA RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DES FONCTIONNAIRES EST DÉTERMINÉE PAR LA NOTION DE SERVICE PUBLIC.

Nous avons vu, au début de ce chapitre, que la responsabilité du fonctionnaire est essentiellement une responsabilité pour faute, fondée sur la violation consciente d'une règle de droit. Pour déterminer cette responsabilité, on

(45) M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10^{me} éd., p. 370.

doit donc faire intervenir le mobile qui a inspiré l'acte du fonctionnaire. Si, en effet, le fonctionnaire a agi dans l'esprit de sa fonction, c'est-à-dire a poursuivi uniquement et effectivement le but qu'avait l'Etat en établissant cette fonction, il ne peut être responsable des conséquences de ses actes dommageables à l'égard des particuliers, alors même qu'il ait commis une faute. Mais si, au contraire, le fonctionnaire en accomplissant un acte a commis une faute qui implique de sa part l'intention de poursuivre un but autre que celui qu'avait en vue l'Etat en établissant la fonction considérée, il doit être déclaré responsable vis-à-vis des particuliers lésés (46).

En réalité, la responsabilité personnelle des fonctionnaires se trouve déterminée dans cette doctrine, d'après la notion même de service public, notion sur laquelle, d'ailleurs, repose tout le droit public moderne. Quelle que soit la gravité de la faute commise par le fonctionnaire, si ce dernier n'a eu pour but que de gérer le service public au fonctionnement duquel il est préposé, il ne saurait être considéré comme responsable, car, en définitive, c'est le service public qui a mal fonctionné. Si, au contraire, le préjudice, quoique né à l'occasion du fonctionnement du service public, n'en est pas la conséquence directe, si le fonctionnaire s'est intentionnellement placé en dehors de ce service, l'Administration n'est pas responsable : il y a faute personnelle du fonctionnaire (47).

(46) L. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 638 et suiv.; *Traité de droit administratif*, 1^{re} éd., t. I, p. 534 et suiv. Cf. également, Appleton, note précitée sous Cass., 3 janv. 1921, D., 21. 1. 17; E. Bernard, *De la responsabilité personnelle des fonctionnaires administratifs dans leurs rapports avec les particuliers*, Thèse, Bordeaux, 1909, chap. I, p. 43.

(47) C'est du moins là la règle générale: l'Administration n'est pas responsable, lorsqu'il y a faute personnelle du fonctionnaire. Il existe cependant certains cas exceptionnels où la responsabilité de l'Administration peut

Pour apprécier la responsabilité de ce dernier, les tribunaux devront avant tout rechercher l'intention qui a dicté sa conduite, se référer à ses dispositions psychologiques et morales (48), qui seules donnent à l'opération envisagée son véritable caractère.

Sans doute cette intention de se placer en dehors du service apparaîtra aisément lorsqu'il y aura de la part du fonctionnaire une infraction pénale. Comment dire d'un tel acte qu'il constitue un acte de fonction? C'est un acte accompli à l'occasion de la fonction, ce ne peut être un acte de la fonction. Ainsi, les fonctionnaires qui causent des blessures par imprudence, les fonctionnaires qui tiennent des propos diffamatoires, qui lacèrent des affiches électorales, commettent des actes constituant des fautes personnelles parce que, bien que commis à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, ces actes n'ont rien de fonctionnel.

Mais la faute personnelle n'apparaîtra pas toujours avec la même évidence et le critérium que nous venons d'adopter serait lui-même trop général s'il ne nous était pas possible de le préciser en procédant à l'analyse des faits.

Pour arriver à une distinction suffisamment claire entre la faute personnelle et la faute de fonction, il ne suffit pas de dire que le fonctionnaire est responsable lorsqu'il se place en dehors du service public. Il faut encore montrer dans quelles conditions il peut sortir de sa fonction, et distinguer deux séries d'hypothèses dans lesquelles la faute personnelle de l'agent est susceptible d'apparaître.

Nous aurons à distinguer les cas dans lesquels, à côté de l'acte de fonction accompli par le fonctionnaire, existe

coexister avec la responsabilité du fonctionnaire : nous les étudierons au chapitre VI.

(48) A. Mestre, note précitée sous Cass. req., 5 juin 1918, S., 18-19. 1. 209.

un acte séparé n'ayant rien de fonctionnel et les cas où cette séparation matérielle n'est pas possible et où la faute personnelle se trouve incluse dans l'acte, en apparence fonctionnel, de l'agent administratif.

M. Duguit, dans sa note sous l'arrêt de Bordeaux du 19 juin 1917, a eu le mérite de mettre le premier cette distinction capitale en évidence, et c'est seulement en nous y référant qu'il nous sera permis de déterminer, d'une manière complète et précise à la fois, l'étendue de la responsabilité des fonctionnaires et les vrais caractères de la faute personnelle qui fonde cette responsabilité.

CHAPITRE III

Les vrais caractères de la faute personnelle.

La responsabilité personnelle des fonctionnaires, venons-nous de voir, peut se trouver engagée dans deux séries d'hypothèses. La distinction doit être faite quelle que soit la nature des actes accomplis par les fonctionnaires administratifs, sans qu'il y ait lieu de mettre à part les actes juridiques et les opérations matérielles (1).

Les fonctionnaires, pour assurer le fonctionnement des services publics auxquels ils sont préposés, exécutent, en effet, à la fois des actes juridiques et des opérations matérielles. On a l'habitude d'englober les uns et les autres sous la dénomination générale d'actes administratifs, et nous-même nous continuerons d'employer cette expression pour désigner toute manifestation d'activité quelconque d'un agent administratif.

Mais, au sens précis du mot, les actes administratifs sont les actes juridiques accomplis par les fonctionnaires en vue d'assurer le fonctionnement d'un service public (2). Ce sont des déclarations de volonté, émanant d'un agent pu-

(1) Pour déterminer le critérium d'après lequel on reconnaît la faute fonctionnelle et la faute personnelle, M. Duguit avait d'abord étudié séparément les actes administratifs et les opérations matérielles : *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 640 et suiv. Il semble avoir renoncé à cette distinction dans sa note sous Bordeaux, 19 juin 1917, 18-19. 2. 1.

(2) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., t. I, p. 194 et 219.

blic, ayant pour objet de créer dans un but de service public une situation juridique subjective, c'est-à-dire de faire naître une obligation concrète à la charge d'un administré ou de l'Administration. Pour que cette manifestation de volonté puisse produire un effet, il faut que certains éléments se trouvent réunis. L'acte administratif n'a de valeur que s'il est voulu par un agent compétent, accompagné de certaines procédures administratives et déterminé par un but de service public.

Si l'un quelconque de ces éléments fait défaut, c'est-à-dire si l'acte accompli est fait en violation d'une loi de compétence ou d'une loi de forme, se pose la question de la nullité ou de la validité de cet acte. Si, en même temps, cet acte contraire à la loi cause un préjudice à un particulier, il y a lieu de rechercher s'il entraîne ou non la responsabilité personnelle du fonctionnaire qui l'a accompli.

Peut-on dire qu'il existe une correspondance entre la validité de l'acte et la responsabilité du fonctionnaire? Nous ne le pensons pas (3). Pour déterminer dans quelles conditions l'acte dommageable est susceptible de faire naître la responsabilité de son auteur, il est nécessaire de distinguer si cet acte est matériellement séparé de l'acte fonctionnel ou si au contraire il n'y a qu'un seul et même acte contenant en lui-même un élément de faute personnelle. Dans le premier cas, la question de responsabilité est indépendante de celle de la validité de l'acte administratif, puisqu'en réalité il y a deux actes distincts. Dans le second

(3) Dans ce sens : Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. I, p. 478 et 681; Hauriou, note sous Trib. confl., 26 juin 1897 (Métivier), S., 98. 3. 49; G. Jèze, *Principes généraux de droit administratif*, 2^{me} éd., 1914, p. 57. — *Contra* : Lacanal, *De la responsabilité des fonctionnaires publics envers les particuliers*, *Rev. gén. d'Ad.*, 1884, t. I, p. 32.

cas, au contraire, l'acte dommageable accompli par le fonctionnaire n'a aucune valeur juridique, puisqu'il porte en lui-même un vice assez grave pour fonder la responsabilité personnelle du fonctionnaire.

Mais les fonctionnaires n'accomplissent pas seulement des actes administratifs, c'est-à-dire des actes d'ordre juridique. Ils interviennent le plus souvent pour faire de simples opérations matérielles qui n'ont aucun caractère juridique (4).

Ces opérations elles-mêmes ne peuvent être faites, comme les actes administratifs, que par des fonctionnaires compétents et suivant certaines formes rigoureusement déterminées par la loi. Lorsqu'elles sont accomplies par un fonctionnaire incompétent ou en violation des règles de forme, il ne peut être question pour elles d'annulation. Mais, si elles ont causé un dommage, il importe de rechercher qui, de l'Etat ou du fonctionnaire, doit en supporter la responsabilité. Et, comme dans le cas précédent, il y a lieu de distinguer si elles constituent des actes d'exécution matérielle distincts de l'exercice de la fonction administrative ou si, au contraire, tout en ayant une apparence d'actes fonctionnels, elles ne contiennent pas en elles-mêmes un élément étranger à tout service public.

Ainsi, qu'il s'agisse d'actes administratifs proprement dits ou d'opérations matérielles, la distinction proposée est générale. Pour découvrir la faute personnelle du fonctionnaire, il faut étudier successivement les hypothèses dans lesquelles à côté de l'acte fonctionnel existe un acte distinct qui n'a rien d'administratif, et les hypothèses dans lesquelles il n'existe qu'un seul et même acte, qui contient en lui-même un élément de faute personnelle.

(4) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 197 et 228.

I. — HYPOTHÈSES DANS LESQUELLES IL EXISTE, À CÔTÉ DE L'ACTE FONCTIONNEL, UN ACTE PERSONNEL DU FONCTIONNAIRE.

Cette première série d'hypothèses est la plus simple, et en pratique, c'est celle qui se présente le plus fréquemment (5). Dans ce cas, le tribunal peut facilement discerner la faute personnelle sans être forcé de s'immiscer, à un degré quelconque, dans le contrôle et le fonctionnement du service public.

Il y a en réalité deux actes : un acte de la fonction et un acte personnel. À côté de l'acte administratif, on rencontre un acte qui, en soi, n'a rien d'administratif, ni par son objet ni par son but. Sans doute, il existe un lien très étroit entre ces deux actes : l'acte personnel n'est accompli qu'à l'occasion de l'acte de la fonction. Mais il en est, pour ainsi dire, matériellement séparé, et à première vue, il apparaît comme n'ayant rien d'un acte fonctionnel.

Si cet acte cause un préjudice à un administré, s'il présente tous les caractères d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, il constitue une faute personnelle du fonctionnaire entraînant la responsabilité de son auteur.

Les exemples de cette catégorie de faute personnelle abondent en jurisprudence. Il est impossible de les passer tous en revue : pour arriver à quelques précisions, il suffira de citer les espèces les plus intéressantes et les plus typiques. En voici quelques-unes que nous grouperons sous trois rubriques :

Affichage des tableaux rectificatifs des listes électorales.

— Le maire, aux termes du décret réglementaire du 2 février 1852, articles 2 et 8, est tenu, avant toute élection, de dresser et faire afficher, dans certaines conditions, un ta-

(5) L. Duguit, note précitée sous Bordeaux, 19 juin 1917, p. 3.

bleau rectificatif des listes électorales. C'est-là un acte de sa fonction qu'il doit obligatoirement remplir. Les instructions de l'administration supérieure prescrivent même au maire de mentionner dans le tableau rectificatif les motifs de la radiation.

Si donc le maire se borne à faire afficher à la mairie un tableau rectificatif de la liste électorale, même avec l'indication des motifs de retranchement, il accomplit un acte administratif qui ne peut entraîner sa responsabilité.

Mais si, à l'occasion de cet acte administratif, le maire organise une publicité spéciale, distincte de celle prévue par la loi et les instructions ministérielles, il commet une faute personnelle.

Ainsi, le maire de Mios (Gironde), au moment des élections municipales de 1892, avait porté à la connaissance des administrés, par le crieur public et par une affiche spéciale, que c'était à bon droit qu'un sieur X..., son adversaire politique, avait été rayé de la liste électorale pour avoir antérieurement été déclaré en faillite. Le Tribunal des conflits (6) a vu à juste titre dans les agissements du maire un acte personnel, nettement et matériellement distinct de l'acte administratif de publication du tableau rectificatif : cet acte assurément constituait une faute personnelle engageant la responsabilité de son auteur. Aucun doute n'était ici possible : le second acte avait été accompli à l'occasion du premier, mais il n'en était qu'un commentaire superflu, sans caractère administratif.

Cette décision du Tribunal des conflits a été suivie de nombreuses autres, intervenues dans des conditions à peu près semblables. La Cour de Paris (7) a admis qu'il y avait un fait personnel dans l'acte du maire, qui avait fait annon-

(6) Trib. des conflits, 4 décembre 1897 (Lalande), S., 99. 3. 93.

(7) Paris, 13 déc. 1906, S., 07. 2. 93.

cer à son de corne par le crieur public et apposer sur une maison la décision de la commission municipale rejetant la demande d'inscription d'un électeur. La Cour de cassation (8) a également vu un acte personnel dans l'acte du maire qui, en dehors de la période de revision de la liste électorale et de toute période électorale, avait fait afficher le relevé des bulletins individuels de condamnation d'un électeur. Le Tribunal des conflits (9) a confirmé sa jurisprudence antérieure, en décidant qu'il y avait faute personnelle du maire qui avait fait afficher à côté du tableau rectificatif le télégramme du sous-préfet portant qu'un électeur avait été condamné à la prison.

Toute cette jurisprudence ne présente aucune difficulté, car la faute du fonctionnaire se manifeste ici dans des actes nettement détachés de l'exercice normal des fonctions administratives qui lui incombent.

Imputations diffamatoires dirigées par les fonctionnaires contre les administrés. — Les tribunaux judiciaires ont eu maintes fois à juger des actions en responsabilité, dirigées contre des fonctionnaires qui avaient tenu des propos diffamatoires ou adressé des injures à des particuliers. Chaque fois, ils ont vu dans ces faits des actes matériellement distincts des actes administratifs à l'occasion desquels ils s'étaient produits. Les diffamations et les injures constituent, en effet, non seulement des fautes personnelles, mais encore de véritables infractions pénales.

Un inspecteur des contributions indirectes, au cours d'une vérification administrative dans un entrepôt de tabacs, constate des irrégularités et les signale à son auteur. En agissant ainsi, il reste dans l'exercice de sa fonction

(8) Cass. crim., 20 décembre 1906, S., 07. 1. 57.

(9) Trib. des conflits, 11 déc. 1909 (Gérard), *Rec.*, p. 983, S., 12. 3. 76.

administrative. Mais, à l'occasion de cette inspection, il adresse des propos injurieux à un garçon distributeur, l'accuse de détournements et le traite de voleur en présence de plusieurs personnes. Voilà évidemment un acte qui ne présente aucun caractère fonctionnel et qui se produit en dehors du fonctionnement du service public : il constitue une faute personnelle de l'inspecteur, susceptible d'entraîner sa responsabilité. « Considérant que ces faits, s'ils étaient établis, se détacheraient nettement de la fonction administrative exercée par le sieur X... et seraient personnels à ce dernier » (10).

Voici une autre affaire à peu près semblable. Un receveur principal des postes et télégraphes constate la disparition d'un registre de mandats-poste; il accuse aussitôt un employé d'avoir dérobé ce registre. Mais il porte cette accusation à la légère, sans aucune preuve de culpabilité, contre ce dernier. Le registre est d'ailleurs retrouvé quelques jours plus tard par le receveur lui-même qui reconnaît l'avoir égaré. Il s'agit encore là, de toute évidence, d'une diffamation constituant une faute personnelle du receveur et entraînant sa responsabilité (11).

C'est aussi le cas d'un sous-préfet, qui dépose une plainte pour vol entre les mains du procureur de la République dans la conviction que les chiffres destinés à traduire les dépêches chiffrées adressées par le ministère de l'Intérieur lui ont été dérobés. Cette plainte motive l'ouverture d'une instruction et une perquisition est faite au domicile de la mère d'un employé de la sous-préfecture. Le même jour, le sous-préfet retrouve les chiffres égarés. Le Tribunal des

(10) Trib. confl., 22 juillet 1909 (Carbonnel), S., 42. 3. 33; Conclusions de M. Feuilletoy dans *Revue générale d'Administration*, 1910, t. I, p. 57.

(11) Trib. des confl., 9 mai 1908 (dame Gérome), *Rec.*, p. 501. S., 40. 3. 120.

conflits découvre dans la conduite du sous-préfet une faute personnelle distincte de tout acte administratif et se détachant de l'exercice de ses fonctions (12).

La jurisprudence de la Cour de cassation est la même, en matière de diffamation, que celle du Tribunal des conflits. Parmi beaucoup d'autres, il suffira de citer l'exemple suivant extrêmement intéressant.

Un maire, ayant découvert de graves abus dans les comptes du pharmacien de l'assistance médicale gratuite, ne se borne pas à porter à la connaissance du conseil municipal les irrégularités commises. En agissant ainsi, il n'aurait fait qu'accomplir sa fonction administrative. Mais, en pleine séance publique du conseil municipal, il se livre à des commentaires injurieux et qualifie de graves indécrotesses, suivies de vol ou de tentative de soustraction, les faits dont il entretient le conseil, et ajoute que le pharmacien a réalisé des bénéfices illégitimes au préjudice des indigents. Bien que le maire décline la compétence de l'autorité judiciaire en invoquant le principe de la séparation des pouvoirs, la Cour de cassation décide qu'en agissant comme il l'a fait, il est sorti de sa fonction administrative : « Attendu qu'en portant à la connaissance du conseil municipal l'irrégularité commise dans des mémoires de médicaments fournis par un pharmacien, en vertu de la loi sur l'assistance médicale gratuite, le maire accomplit un acte de ses fonctions, mais qu'il ne lui appartenait pas de qualifier de grave indécrotte, sinon de vol ou de tentative de soustraction, le fait dont il entretenait le conseil, d'insinuer que le pharmacien avait commis un faux et de dire qu'il avait réalisé au préjudice des indigents des bénéfices illégitimes; que ces

(12) Trib. des confl., 26 juillet 1911 (dame Coutareau), *Rec.*, p. 877. S., 14. 3. 51.

imputations se détachent nettement de l'acte accompli par le maire, et qu'en les formulant, X... a commis une faute personnelle dont l'appréciation appartient à l'autorité judiciaire. » (13).

Cet arrêt, fortement motivé, met bien en évidence que les imputations diffamatoires proférées par le maire, à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, en sont cependant entièrement distinctes et facilement détachables, et constituent, à côté de l'acte administratif, un fait personnel entraînant la responsabilité de son auteur.

Fautes personnelles commises par les instituteurs dans leur enseignement. — Les règles générales sur la distinction de la faute de fonction et de la faute personnelle qui viennent d'être analysées doivent s'appliquer aux membres de l'enseignement public comme aux autres fonctionnaires. Si, à l'occasion de leur enseignement, les instituteurs tiennent des propos qui ne se rattachent en aucune manière à cet enseignement, ces propos peuvent constituer des faits personnels se détachant de l'exercice de la fonction et engageant leur responsabilité envers les élèves ou les parents.

Le Tribunal des conflits a été appelé pour la première fois à faire application de cette théorie dans la célèbre affaire Morizot (14) qui a soulevé une profonde émotion dans le monde de l'enseignement public et dans certains milieux parlementaires.

L'instituteur public d'une commune de la Côte-d'Or fut accusé par un père de famille, dont le fils fréquentait l'école,

(13) Cass. crim., 3 août 1901 (Mulé), S., 1904 1. 234.

(14) Trib. des conflits, 2 juin 1908 (Girodet et Morizot). *Rec.*, p. 597, S., 08. 3. 84, avec une note de M. Hauriou et les conclusions de M. Tardieu, commissaire du gouvernement, *Revue du droit public*, 1908 p. 272, avec une note de M. Jèze; Rolland, *Les rapports entre les instituteurs et les pères de famille*, *Revue du droit public*, 1908, p. 87.

d'avoir tenu en classe, en présence de son enfant et des camarades des deux sexes de celui-ci, des propos contraires à la morale, aux devoirs envers l'Etat et à la liberté religieuse. Le père de famille prétendait que, du fait de ces propos, lui et son fils avaient subi un grave préjudice moral et en demandait réparation à l'instituteur en vertu de l'article 1382 du Code civil.

La Cour de Dijon s'était déclarée compétente. Le conflit fut élevé. Le ministre soutint que tout propos tenu par un instituteur dans sa classe à l'occasion de son enseignement et ne constituant pas un délit caractérisé devait être considéré comme une faute professionnelle ne relevant que de la juridiction administrative.

Dans ses remarquables conclusions, M. Tardieu, commissaire du gouvernement, s'efforça de distinguer les fautes administratives que l'instituteur peut être amené à commettre au cours de son enseignement et les fautes personnelles qui n'ont aucun rapport avec la mission qui lui incombe. L'instituteur doit apprendre à lire et à écrire à ses élèves, leur enseigner quelques éléments d'histoire et de morale générale : c'est là sa fonction administrative. « Mais quand, au lieu d'un exposé de principes fait d'une manière sérieuse et décente, nous rencontrons des propos grossiers et injurieux, des définitions irrévérencieuses ou grotesques, des railleries malséantes ou de basses plaisanteries sur Dieu, sur la religion, sur les ministres des cultes, et des propos blessants à l'adresse des citoyens, nous voyons apparaître, non plus le fonctionnaire accomplissant un service d'Etat, non plus l'instituteur, mais l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences. En un mot, nous n'avons plus en face de nous une faute administrative, mais une faute personnelle ».

Dans la circonstance, les propos tenus par l'instituteur se

détachaient de l'exercice de sa fonction administrative et étaient de nature évidemment à entraîner sa responsabilité personnelle. Il suffira, d'ailleurs, pour s'en convaincre, de reproduire les termes mêmes de la décision du Tribunal des conflits du 2 juin 1908, qui mérite d'être considérée comme une décision de principe. La haute juridiction s'exprime ainsi : « Considérant que la demande introduite par Girodet ... tendait à faire condamner Morizot ... pour avoir, dans son enseignement aux enfants des deux sexes qui fréquentaient l'école dirigée par cet instituteur, commis des fautes lourdes de nature à engager gravement sa responsabilité; qu'en appel comme en première instance, le demandeur maintenait avec offre de preuve que Morizot avait, entre autres propos, tenu en classe, devant ses élèves, les propos suivants : 1° Les soldats français sont des lâches; 2° Les Allemands ont bien fait en 1870 de tuer les enfants au berceau; 3° Ceux qui croient en Dieu sont des imbéciles; 4° Il ne faut pas se confesser aux curés, mais à ceux auxquels on a fait tort; 5° Le bon Dieu est un porte-monnaie bien garni; 6° Il n'y a pas de différence entre l'homme et la vache (ici un propos obscène); considérant que de tels propos, en supposant qu'ils aient été tenus, ne sauraient être considérés comme se rattachant, à un titre quelconque, à l'enseignement que l'instituteur a mission de donner à ses élèves; que le premier est un outrage à l'armée, et le deuxième l'apologie d'un fait qualifié crime par la loi; qu'en termes grossiers et injurieux, le troisième, le quatrième et le cinquième sont la violation caractérisée du principe de la neutralité scolaire en matière religieuse et une atteinte grave au droit d'éducation des parents; que, tel qu'il est énoncé, le dernier semble n'être que l'expression d'une pensée obscène; considérant dès lors que le fait de les avoir tenus dans les circonstances ci-dessus spécifiées cons-

tituerait, s'il était établi, une faute personnelle à Morizot et se détachant de ses fonctions d'instituteur. »

La décision de l'affaire Morizot n'est pas restée une décision isolée en matière de responsabilité personnelle des membres de l'enseignement public. Le Tribunal des conflits est demeuré fidèle à sa jurisprudence inaugurale dans une décision du 9 mai 1914 (15). Les faits reprochés à l'instituteur étaient à peu près de même nature que les précédents et les considérants de cette nouvelle décision sont calqués sur ceux qui viennent d'être rapportés.

Au point de vue juridique, la jurisprudence du Tribunal des conflits est irréprochable : elle n'est qu'une application très nette et très intéressante de toute la doctrine que nous avons développée sur la distinction universellement admise entre la faute personnelle et la faute de fonction. Mais cette jurisprudence a fait beaucoup de bruit et a soulevé une véritable insurrection des membres de l'enseignement public contre les tribunaux judiciaires. Le gouvernement a été amené à déposer le 25 juin et le 2 juillet 1907 deux projets de loi : le premier relatif à la neutralité scolaire et le second relatif à la responsabilité des membres de l'enseignement public.

Ce dernier projet a pour but de substituer la responsabilité de l'Etat à celle des membres de l'enseignement public, pour les dommages résultant des faits par eux accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. D'après l'article 2, les instituteurs ne pourront être mis en cause par la partie lésée que si le dommage résulte d'un fait qualifié crime ou délit par la loi pénale.

Les deux projets de loi précédents, quelque peu modifiés

(15) Trib. des confl., 9 mai, 1914 (Fabas et Aurignac c. Escazeaux), *Rec.*, p. 371.

dans leur rédaction primitive par la Commission de l'enseignement de la Chambre des députés, ont fait l'objet d'un rapport favorable déposé le 21 janvier 1909 (16); mais ils n'ont encore abouti à aucun résultat. Il n'y a qu'à s'en féliciter : ils méritent de vives critiques (17).

Sans doute, en matière d'enseignement où les passions politiques sont toujours violentes, on peut craindre les poursuites téméraires qui n'auraient d'autre but que de gêner les instituteurs, de les intimider, et finalement de désorganiser l'enseignement public. Dans ce cas, il y aurait peut-être des sanctions à prendre contre les auteurs de poursuites injustifiées (18). Mais ce n'est pas une raison suffisante pour soustraire les instituteurs au droit commun de la responsabilité des fonctionnaires. C'est un principe supérieur de notre droit public que tout fonctionnaire est responsable de ses fautes personnelles. Pourquoi créer une catégorie de fonctionnaires privilégiés ? Si le décret du 19 septembre 1870 a supprimé la garantie administrative, ce n'est pas pour la rétablir sous une autre forme. Et, d'autre part, si les projets déposés devenaient jamais lois, ils se retourneraient contre les membres de l'enseignement eux-mêmes. Ceux-ci « demandent, et ils ont raison, l'autonomie, l'indépendance à l'égard du gouvernement, la décentralisation de leur service; mais la contre-partie de cette indépendance, c'est une large responsabilité envers les particuliers. Si la responsabilité de l'Etat est substituée à la leur, ils deviennent les prisonniers du gouvernement » (19).

(16) Rapport de M. Dessoye, *J. Off., Doc. Parl. Chambre*, Sess. ord., 1909, annexe n° 2239, p. 71.

(17) Cf., sur ces projets de lois : Rolland, *Revue du droit public*, 1908, p. 505; Haurion, note sous Trib. confl., 2 juin 1908, précitée.

(18) Jèze, note, *Revue du droit public*, 1908, p. 529.

(19) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 558.

II. — HYPOTHÈSES DANS LESQUELLES LA FAUTE PERSONNELLE EST
INCLUDE DANS L'ACTE EN APPARENCE FONCTIONNEL DU FONC-
TIONNAIRE.

Dans les hypothèses précédentes il y avait, à côté de l'acte administratif, mais absolument distinct de lui, un fait personnel accompli par le fonctionnaire à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. Ce fait personnel, constitutif de la faute, était matériellement séparable de l'acte administratif. Dans la série d'hypothèses que nous allons maintenant examiner, il n'y a qu'un seul et même acte : cet acte, en apparence fonctionnel, peut néanmoins contenir parfois en lui-même un élément de faute personnelle, susceptible d'engager la responsabilité du fonctionnaire.

Dans ce cas, la faute personnelle sera plus difficile à discerner. Précédemment, en effet, il y avait deux actes entièrement distincts, se séparant à première vue : un acte administratif et un acte qui n'avait point ce caractère. Si le premier était l'occasion du second, les deux cependant apparaissaient nettement détachables l'un de l'autre. Pour apprécier et juger l'action en responsabilité qui lui était soumise, le tribunal judiciaire n'avait pas à se prononcer sur la nature et la valeur de l'acte fonctionnel, mais seulement à rechercher si le second acte accompli à l'occasion de l'acte fonctionnel ne constituait pas une faute du fonctionnaire entraînant sa responsabilité.

Dans la série d'hypothèses actuelle, au contraire, il n'y a qu'un seul et même acte, qui contient peut-être en lui-même un élément de faute personnelle. M. Duguit prétend que, pour déterminer cet élément, il faut nécessairement apprécier l'acte fonctionnel, que le tribunal judiciaire saisi ne peut juger qu'il y a faute personnelle sans apprécier

l'acte fonctionnel, émanant par hypothèse d'un fonctionnaire administratif, et par conséquent sans empiéter sur le domaine administratif. Et il en tire des conséquences très importantes au point de vue de la compétence et des pouvoirs des tribunaux judiciaires, en matière de responsabilité personnelle des fonctionnaires (20).

Nous pensons au contraire que, si l'acte accompli par un fonctionnaire administratif contient en lui-même un élément de faute personnelle, il n'est plus un acte fonctionnel et perd par là même tout caractère administratif. Les tribunaux vont alors se trouver en présence d'un acte personnel pour lequel ils auront les mêmes pouvoirs d'appréciation que s'il s'agissait d'un acte accompli par un simple particulier (21).

Mais comment reconnaître que cet acte, en apparence fonctionnel, contient en lui-même un élément de faute personnelle ? Il suffira d'appliquer le principe proposé par M. Duguit lui-même : pour apprécier la valeur d'un acte de volonté, soit au point de vue moral, soit au point de vue juridique, il faut toujours l'apprécier et d'après son objet et d'après le but qui l'a déterminé. En conséquence, l'acte du fonctionnaire administratif, bien qu'ayant en apparence le caractère exclusivement fonctionnel et n'étant accompagné d'aucun autre acte, contient en lui-même un élément de faute personnelle, lorsqu'il porte sur un objet ou est déterminé par un but étranger au domaine administratif. Nous ajouterons : ou lorsqu'il est accompli en dehors des formalités ou des procédures habituelles de l'Administration.

1° L'acte du fonctionnaire administratif constitue une faute personnelle quand il porte sur un objet étranger au

(20) L. Duguit, note précitée sous Bordeaux, 19 juin 1917, p. 3.

(21) Voir chapitre IV : « Les pouvoirs des tribunaux judiciaires » p. 80.

domaine d'action de l'autorité administrative. — Cette solution implique l'existence d'une législation qui, comme le droit français, reconnaît la distinction du domaine administratif et du domaine judiciaire. Toutes les fois que l'agent administratif sort du domaine administratif, pour empiéter sur les attributions de l'autorité judiciaire, il commet une faute personnelle. Il en est ainsi, notamment, lorsqu'il procède, en dehors des cas où la loi lui donne expressément compétence à cet effet, à des voies d'exécution sur la personne ou sur les biens d'un particulier.

L'acte accompli dans ces conditions par l'agent n'est qu'une simple voie de fait (22), sans caractère juridique, entraînant sa responsabilité personnelle. C'est l'opinion de M. Laferrière : « Il y a cependant des cas. où l'acte d'un administrateur prétendant exercer la puissance publique cesserait d'être un acte administratif échappant au jugement des tribunaux : c'est le cas où l'administrateur sortirait non seulement de ses propres attributions, mais des attributions mêmes de l'autorité administrative. Si, par exemple, un administrateur confisquait une propriété, privait un citoyen de sa liberté, supprimait un journal, interdisait un commerce ou une industrie libres, le principe de la séparation des pouvoirs ne s'opposerait pas à ce que la partie lésée réclamât l'assistance des tribunaux judiciaires; il exigerait, au contraire, que leur compétence s'exerçât aussi librement que si la décision de l'Administration n'existait pas. » (23).

Le principe précédent n'est pas douteux et la jurisprudence a eu à en faire de multiples applications. Elle a décidé, notamment, qu'un fonctionnaire n'a pas le droit de main-

(22) Sur la théorie de la voie de fait, consulter M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10^{me} éd., p. 34 et suiv.; A. de Chabert-Ostland, *Contribution à l'étude des voies de fait en droit administratif*, Thèse Lille, 1907.

(23) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2^{me} éd., t. I, p. 179.

tenir en prison un citoyen sans jugement, par simple mesure de police (24).

Mais, dans certains cas, la question a présenté de graves difficultés et donné lieu à de sérieuses controverses. Le Tribunal des conflits s'est montré assez hésitant, lorsqu'il s'est agi de savoir dans quels cas exceptionnels l'autorité administrative était compétente pour ordonner des actes d'exécution sur la personne ou sur les biens des particuliers.

Le problème s'est nettement posé pour la première fois, en ce qui concerne les actes d'exécution contre les congrégations religieuses (Loi du 1^{er} juillet 1904), à propos de l'apposition des scellés par un préfet sur des immeubles appartenant à des particuliers et occupés par une école congréganiste, qui avait été fermée par un décret du gouvernement (art. 13, § 2, de la loi du 1^{er} juillet 1904) (25).

Le commissaire du gouvernement, M. Romieu, a soutenu que, dans le silence de la loi et dans l'impossibilité de recourir à une sanction judiciaire, l'autorité administrative peut procéder à des actes d'exécution sur la personne et sur les biens. Mais, reconnaissant les dangers de l'exécution forcée par voie administrative, il a cherché à limiter les cas où elle peut être employée. D'après lui, pour qu'elle soit possible, quatre conditions doivent se trouver réunies : 1° Il faut que l'opération administrative pour laquelle l'exécution est nécessaire ait sa source dans un texte de loi précis; 2° Il faut que, par suite de la résistance à la loi ou à l'acte de puissance publique, il y ait lieu à exécution forcée; 3° Il faut que l'absence de sanction pénale rende nécessaire l'exécution par voie administrative; 4° Il faut que les mesu-

(24) Cass., 3 août 1874 (Haas c. Valentin), D., 76. 1. 297.

(25) Trib confl., 2 déc. 1902 (Société immobilière de Saint-Just), S., 04 3. 17, avec la note de M. Hauriou et les conclusions de M. Romieu, commissaire du gouvernement.

res d'exécution forcée tendent uniquement, dans leur objet immédiat, à la réalisation de l'opération prescrite par la loi.

Le Tribunal des conflits a rendu une décision conforme aux conclusions du commissaire du gouvernement, dans laquelle il est dit : « Considérant qu'il ne saurait appartenir à l'autorité judiciaire d'annuler les effets et d'empêcher l'exécution de ces actes administratifs (décrets prononçant la fermeture des écoles); que l'apposition des scellés ... ne constitue pas un acte de déposssession pouvant servir de base à une action devant les tribunaux judiciaires. »

La conclusion à tirer de cette décision, c'est que, si l'apposition des scellés dans les conditions précédentes ne constitue pas un acte de déposssession, elle ne constitue pas non plus une faute personnelle du fonctionnaire qui l'a ordonnée, bien qu'elle soit un acte d'exécution sur les biens par voie administrative. C'est un acte administratif, dont les conséquences ne peuvent être appréciées que par la juridiction administrative. Tout au plus, pourrait-on y voir une faute de service du préfet. Mais le Conseil d'Etat lui-même a reconnu la parfaite légalité de ces mesures (26).

La même question s'est posée pour les actes d'exécution contre les curés restés dans leurs presbytères après la loi du 9 décembre 1903. Le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat ont décidé que l'apposition des scellés sur un presbytère, faite sur l'ordre d'un préfet, pour en assurer l'évacuation par le desservant, constituait un acte administratif sans faute personnelle, alors que le desservant continuait à jouir du presbytère gratuitement, de concert avec la munici-

(26) Cons. d'Etat, 19 février 1904 (dame Bernier), *Rec.*, p. 130.

palité, malgré les dispositions formelles de la loi du 9 décembre 1907 (27).

C'est là maintenant une jurisprudence bien assise, malgré les critiques de certains auteurs et, en particulier, de M. Berthélemy, qui a vu dans les décisions précédentes, ce qu'il a appelé « l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative » (28).

La même théorie a été reprise par M. Blum, commissaire du gouvernement dans ses conclusions pour deux autres affaires de presbytère. Mais ici, tout en reconnaissant le caractère administratif de l'arrêté du préfet, M. Blum concluait à son annulation, dans l'un et dans l'autre cas, parce qu'il y avait en fait une sanction judiciaire, et le Conseil d'Etat s'est rangé à son avis; cependant, cet arrêté, malgré son annulation, n'en conservait pas moins le caractère de mesure administrative, et la responsabilité du préfet n'était point engagée (29).

Si la jurisprudence s'est montrée assez embarrassée pour écarter la faute personnelle du fonctionnaire dans les espèces précédemment citées, où l'autorité administrative avait procédé par voie d'exécution forcée, pour assurer l'obéis-

(27) Cons. d'Etat, 12 mars 1909 (com^{te} de Tricouville), S., 09. 3. 51, avec les conclusions de M. Chardenet, commissaire du Gouvernement.

(28) Berthélemy, *De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative*, *Revue du droit public*, 1904, p. 209. — Cf. aussi les critiques partielles de M. Hauriou dans sa note sous décision précitée du Trib. des confl., du 20 déc. 1902, S., 04. 3. 17, et de M. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., t. I, p. 252. — Voir également de Chabert-Ostland, thèse, p. 117 et suiv.

(29) Cons. d'Etat, 17 mars 1911, 2 arrêts (abbé Bouchon et abbé Hardel), S., 13. 3. 129. — Cf. également : Cons. d'Etat, 12 juin 1914 (abbé Hardel), *Revue du droit public*, 1914, p. 583, avec une note de M. Jèze; le Conseil d'Etat admet dans ce dernier arrêt le principe de la responsabilité, non du préfet, mais de l'Etat, à raison de l'exécution téméraire de l'arrêté illégal d'expulsion annulé par l'arrêt du 17 mars 1911. Cf. Cons. d'Etat, 27 fév. 1903 (Zimmermann), précité S., 05. 3. 17.

sance à la loi, le Tribunal des conflits et la Cour de cassation ont, au contraire, décidé sans hésitation qu'il y avait responsabilité personnelle du maire, qui avait porté atteinte à la propriété privée d'un particulier, en dehors des cas où la loi lui permettait de prendre certaines mesures de sécurité et de salubrité publiques.

Ainsi, le Tribunal des conflits a jugé qu'il y avait un fait purement personnel dans l'acte d'un maire qui avait ordonné la démolition d'office d'un mur construit le long d'un ruisseau par des particuliers sur un terrain possédé par eux. Cette mesure ne rentrait ni dans la police municipale, ni dans la police des eaux, pour laquelle le maire d'ailleurs n'est compétent que sous l'autorité du préfet et selon les termes de l'article 16 de la loi du 8 avril 1898 (30).

Dans une autre espèce, le Tribunal des conflits a également reconnu que le maire avait commis une faute personnelle en faisant procéder, sans injonction préalable, au recépage des souches d'arbres abattus à tort par la commune sur le talus d'un chemin vicinal, mais dont le riverain avait été reconnu avoir la possession plus qu'annale par une décision antérieure de justice de paix : « Considérant que, dans les circonstances de la cause, le recépage incriminé constituerait donc une voie de fait et non l'exécution régulière d'un travail public. » (31).

La jurisprudence de la Cour de cassation est identique à celle du Tribunal des conflits. La Cour suprême a décidé que le maire ne saurait, sans avis préalable et sans engager sa responsabilité, faire lui-même élaguer, arracher ou enlever

30) Trib. confl., 24 décembre 1904 (Montlaur), S., 07. 3. 3, avec les conclusions de M. Romieu, commissaire du gouvernement.

(31) Trib. confl., 10 déc. 1910 (Mérot), S., 13. 3. 64. *Rec.*, p. 937. — Cf., dans même sens : Trib. confl., 7 juillet 1888 (de la Rochefoucauld), *Rec.*, p. 644; Trib. confl., 13 mars 1886 (Mathieu), *Rec.*, p. 244.

des arbres plantés sur la propriété d'un particulier bordant un chemin vicinal, car, aux termes des articles 192 et 193 du règlement général du 6 février 1870, modifié par celui de 1874, lorsque les propriétaires négligent de procéder à l'élagage des branches, des arbres, des haies ou des racines, qui avancent sur les chemins vicinaux, il doit être dressé procès-verbal pour être statué par l'autorité compétente (32).

2° *L'acte du fonctionnaire constitue une faute personnelle parce que le but qui a déterminé le fonctionnaire à agir est étranger à tout service public.* — Il ne suffit pas qu'un acte administratif, pour être valable, soit accompli par un fonctionnaire compétent : il faut encore que l'agent, en le faisant, agisse en vue du but qu'a eu le législateur en lui attribuant sa compétence.

Il n'y aura qu'un simple détournement de pouvoir, sans influence sur la responsabilité personnelle de l'agent, si celui-ci, tout en poursuivant un but qu'il n'était pas compétent pour poursuivre, a néanmoins agi dans un but de service public et n'a pas voulu sortir du domaine administratif (33). Ainsi le préfet qui a ordonné et exécuté, d'après les instructions du ministre des Finances, la fermeture d'une fabrique d'allumettes dans le but d'enlever à son propriétaire le bénéfice de l'expropriation pour cause d'utilité publique, accordé aux fabricants d'allumettes par la loi du 2 août 1872, qui a conféré à l'Etat le monopole de la fabrication, n'est pas personnellement responsable. Il n'a pas cessé d'agir dans un but de service public, n'ayant eu en vue que de sauvegarder les intérêts financiers de l'Etat (34).

(32) Cass., 5 août 1901 (Esbrayat), S., 03. 1. 279.

(33) L. Duguit, *Transformations du droit public*, p. 273.

(34) Trib. confl., 5 mai 1877 (Laumonnier-Carriol), *Rec.*, p. 437.

Mais, au contraire, le fonctionnaire qui accomplit un acte dans un but étranger à tout service public, commet une faute personnelle pouvant entraîner sa responsabilité : il fait peut-être un acte qui est de sa compétence par l'objet, mais qui constitue une véritable voie de fait par le but poursuivi. Ici encore, on peut dire que le fonctionnaire est en réalité sorti du domaine administratif.

Le Tribunal des conflits l'a très clairement admis dans deux espèces identiques (35). Il a reconnu la faute personnelle dans l'acte du maire, qui donne l'ordre verbal à son agent municipal de sonner les cloches de l'église pour un enterrement civil. « Considérant que dans l'espèce, le maire de la commune de X... a pris pour la réglementation de la sonnerie des cloches un arrêté; mais qu'aucune disposition de cet arrêté ne prévoit expressément l'usage des cloches de l'église catholique pour les enterrements civils; que, d'autre part, le maire ne peut invoquer, pour justifier la sonnerie par lui ordonnée ... à l'occasion d'un enterrement civil, ni le péril commun, ni un texte de loi ou de règlement, ni un usage local; qu'il a donc agi en dehors des prévisions de l'article 34 du règlement d'administration publique du 16 mars 1906, et que c'est par *mesure spéciale* qu'il a fait sonner les cloches, ainsi qu'il résulte des termes mêmes de l'arrêté de conflit; qu'il suit de ce qui précède, que l'ordre verbal donné par le sieur X..., à la date et dans les conditions précitées, de sonner les cloches de l'église pour un enterrement civil, ne saurait être envisagé comme un acte administratif fait par le maire dans le cercle de ses attributions, mais constitue une simple voie de fait, ou tout au

(35) Trib. confl., 22 avril 1910 (Abbé Piment), et Trib. confl., 4 juin 1910 (Abbé Mignon), S., 10. 3. 129, avec une note de M. Hauriou.

moins un fait personnel, dont les conséquences ne peuvent être appréciées que par les tribunaux judiciaires (36).

Il est évident que le maire a compétence pour ordonner de sonner les cloches de l'église (loi du 9 décembre 1903, art. 27, §§ 2 et 3; décret du 16 mars 1906, art. 50-52) : c'est un acte de sa fonction. Mais il est non moins évident, qu'en ordonnant à l'agent municipal de sonner les cloches de l'église catholique pour un enterrement civil, le maire est déterminé par un but étranger à tout service public. Son intention est manifeste : il veut commettre un acte vexatoire à l'égard des catholiques et du curé; « la mesure spéciale » par laquelle il a fait sonner les cloches et que relève le Tribunal des conflits ne saurait avoir d'autre sens. Dans les deux décisions citées, l'intention malicieuse du maire se révèle par un signe extérieur apparent : la sonnerie des cloches elle-même.

Mais il ne sera pas toujours aussi facile de faire intervenir l'appréciation de l'intention du fonctionnaire. Le demandeur aura alors à faire la preuve que ce dernier, par ses agissements, a eu l'intention de sortir du service. Le Tribunal des conflits a posé le principe dans sa décision du 12 décembre 1908, portant : « Le refus des officiers des ordinaires de troupes d'admettre une personne à prendre part aux adjudications des subsistances militaires est un acte administratif ne pouvant pas fonder la responsabilité devant les tribunaux judiciaires, étant donné que le demandeur ne précisé aucune circonstance, d'où il résulterait que le fait reproché aux officiers ait le caractère de faute personnelle se détachant de l'acte administratif » (37). Pour qu'il y ait

(36) Trib. confl., 4 juin 1910, précité.

(37) Trib. confl., 12 décembre 1908 (Garenne), *Rec.*, p. 1028. Cf. Trib. confl., même jour (décision Jourdan), *Rec.*, p. 1027.

faute personnelle du fonctionnaire, il faut qu'il résulte des circonstances de la cause, que l'agent a agi dans le but de nuire à un particulier, et dans l'espèce, cette faute aurait pu exister s'il avait été établi que l'exclusion de participer aux adjudications des subsistances militaires avait été prononcée dans le but exclusif de nuire à l'exclu ou dans le but de favoriser ses concurrents.

Que le domaine de la responsabilité personnelle des fonctionnaires pour détournement de pouvoir caractérisé aille en s'élargissant : cela n'est pas douteux ! Et, bien qu'il n'y ait pas encore de décision de jurisprudence précise sur ce point, nous pensons qu'il y aurait lieu de mettre en jeu la responsabilité du fonctionnaire qui refuserait, sans motif légitime, de mettre à exécution une décision juridictionnelle ayant acquis l'autorité de la chose jugée, qu'il s'agisse d'ailleurs d'une décision d'un tribunal administratif ou d'un tribunal judiciaire (38).

Au point de vue théorique, cette solution ne fait aucun doute. La décision juridictionnelle s'impose à l'agent administratif comme au simple particulier, car tout jugement est présumé conforme à la loi. Le fonctionnaire, en méconnaissant ce jugement, méconnaît volontairement la loi du service auquel il est préposé. Il est en réalité déterminé dans son action par un but étranger à la gestion de ce service : sa responsabilité personnelle doit se trouver engagée.

Cette règle est réclamée par la doctrine et on peut dire qu'elle se trouve en voie de formation jurisprudentielle.

(38) Cf. sur ce point : L. Duguit, *Les transformations du droit public* p. 219 et suiv.; Hauriou, note sous Cons. d'Etat, 23 juillet 1909 et 22 juillet 1910 (Fabrègues), S., 11. 3. 121; Jèze, notes dans *Revue du droit public*, 1909, p. 263; 1911, p. 680; 1913, p. 437; Barthélemy (J.) *L'obligation de faire ou de ne pas faire, et son exécution forcée dans le droit public*, *Revue du droit public*, 1912, p. 511 et suiv.

Déjà, dans leurs conclusions, plusieurs commissaires du gouvernement ont posé le principe de la responsabilité personnelle du fonctionnaire, qui fait échec à une décision juridictionnelle. « Au cas où un maire refuserait de dresser un acte de l'état civil, on s'adressera au tribunal civil qui pourra lui enjoindre de dresser l'acte Si le maire, malgré une décision de l'autorité judiciaire passée en force de chose jugée reconnaissant qu'il ne pouvait se refuser de célébrer un mariage, si le maire persistait dans son refus..., dans tous les cas, le maire pourrait être l'objet d'une action en dommages-intérêts, à raison de son refus de dresser un acte de l'état civil, et cette action serait de la compétence des tribunaux judiciaires. » (39). Sans doute, ces conclusions visent une hypothèse dans laquelle le maire agit comme officier de l'état civil, c'est-à-dire comme fonctionnaire de l'ordre judiciaire : or, la responsabilité des agents judiciaires est régie par une législation spéciale. Mais la solution proposée par M. le commissaire du Gouvernement Chardenet paraît générale et le maire qui, en qualité d'agent administratif, mettrait obstacle à l'exécution d'une décision juridictionnelle ayant acquis l'autorité de la chose jugée serait susceptible d'être déclaré personnellement responsable (40).

Jusqu'ici nous ne connaissons pas de décision judiciaire qui consacre la responsabilité personnelle du fonctionnaire se refusant d'exécuter une décision juridictionnelle. Mais

(39) Conclusions de M. Chardenet sous Trib. confl., 25 mars 1911 (Rouzier), *Rec.*, p. 392.

(40) Dans ce sens, nouvelles conclusions de M. Chardenet sous Cons d'Etat, 28 juillet 1911 (Rouggré), *Rec.*, p. 908 « Si les maires agissaient ainsi, on pourrait dire qu'ils n'ont songé qu'à faire échec à votre décision, qu'ils ont commis une faute personnelle se détachant de l'exercice de leurs fonctions et qu'une action en dommages-intérêts pourrait être intentée contre eux. »

il est incontestable que, si la question se posait devant les tribunaux, l'action en responsabilité du particulier agissant contre le fonctionnaire récalcitrant aurait chance de triompher.

Voici une espèce typique qui aurait certainement pu, à notre avis, motiver la condamnation d'un maire à des dommages-intérêts. Il s'agissait d'un maire qui, par dix arrêtés successifs, avait suspendu de ses fonctions, pendant dix mois et sans interruption, le garde champêtre de sa commune. Sans doute, aux termes de l'article 102 de la loi municipale du 5 avril 1884, le droit de suspendre pendant un mois le garde champêtre appartient au maire : mais il ne peut pas le révoquer. Dans l'espèce, les procédés abusifs du maire aboutissaient en fait à une révocation déguisée. Aussi, le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 23 juillet 1909, avait-il annulé les dix arrêtés du maire pour détournement de pouvoir. Le maire ne se laissa pas émouvoir par cette annulation et il continua chaque mois de prendre un arrêté suspendant le garde-champêtre. Intervint alors un deuxième arrêt du Conseil d'Etat du 22 juillet 1910, annulant les sept nouveaux arrêtés du maire (41).

Comment dans ces conditions arrêter les agissements illégaux du maire ? La révocation par le ministre est bien possible. Mais si, pour des considérations politiques ou électorales, celui-ci refuse d'agir, il n'y a pas de moyen juridique pour mettre fin aux détournements de pouvoir sans cesse renouvelés du maire. La seule solution, pour parer à cette lacune de notre droit public et pour obliger les fonctionnaires à s'incliner devant les décisions juridictionnelles, c'est de décider que leur responsabilité personnelle est enga-

(41) Arrêts du Cons. d'Etat, 23 juillet 1909, *Rec.*, p. 727, et 22 juillet 1910, *Rec.*, p. 606; S., 1911. 3. 121, avec la note précitée de M. Hauriou.

gée, si par leur fait les jugements ayant acquis l'autorité de la chose jugée sont violés ou restent sans effet.

Si, dans l'exemple précédent, le garde-champêtre, au lieu d'intenter un second recours en annulation devant le Conseil d'Etat, avait formé une action en responsabilité civile devant les tribunaux ordinaires, son succès aurait été certain.

3° *L'acte du fonctionnaire administratif constitue une faute personnelle lorsqu'il est accompli en dehors de toute procédure administrative.* — M. Hauriou (42) fait justement observer que le fonctionnaire administratif commet encore une faute personnelle, quand il use d'un pouvoir qu'il possède réellement, mais sans suivre les procédures protectrices des intérêts des tiers qui lui sont imposées. En effet, si tout acte administratif doit porter sur un objet de la compétence de son auteur et doit être déterminé par un but de service public, il faut, en même temps, qu'il soit accompagné des formalités rigoureusement décrites par les lois et les règlements publics, et qui sont destinées à assurer à la fois le bon fonctionnement de l'administration et la sauvegarde des droits individuels.

Toute inobservation des formalités administratives ne constituera pas d'ailleurs une faute personnelle. S'il s'agit d'une simple irrégularité dans la procédure employée, de la substitution d'une procédure administrative à une autre procédure administrative, il pourra peut-être être question de faute de service, mais la responsabilité du fonctionnaire ne saurait être mise en jeu. Au contraire, si le fonctionnaire accomplit un acte en dehors de toute espèce de procédure ou avec une procédure qui n'est pas à la disposition de l'autorité administrative, nous sommes disposés à penser

(42) M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10^{me} éd., p. 33, et note Cf., également : de Chabert-Ostland, Thèse, p. 64 et suiv.

qu'il engage sa responsabilité personnelle. C'est comme s'il agissait sans pouvoir et sortait du domaine administratif.

L'absence complète de procédure aura surtout une influence sur la responsabilité personnelle des fonctionnaires administratifs dans les cas où ceux-ci sont exceptionnellement compétents pour procéder à des voies d'exécution forcée sur la personne ou les biens ou pour s'emparer par voie d'expropriation des immeubles appartenant aux particuliers. Nous avons déjà vu que le maire qui procède à l'élagage des arbres, en dehors des règlements administratifs, commet une faute personnelle (43). Il en serait de même du maire qui ordonnerait la démolition d'un édifice menaçant ruine, sans observer la procédure de la loi du 21 juin 1898 (44).

Ce serait aussi le cas d'un entrepreneur de travaux publics qui s'emparerait d'un terrain en vue d'une occupation temporaire, sans autorisation du préfet (loi du 29 décembre 1892, art. 16) (45).

Mais la responsabilité du fonctionnaire dans le cas de violation des formalités administratives ne sera jamais qu'exceptionnelle : il ne suffit pas, pour qu'elle se trouve engagée, d'une irrégularité ou d'une omission dans la procédure, il faut qu'il y ait une inexistence complète de procédure.

Nous avons ainsi achevé de passer en revue les deux séries d'hypothèses dans lesquelles apparaît la faute personnelle du fonctionnaire administratif. Dans la première série

(43) Cass., 5 août 1901 (Esbrayat), S., 03. 4. 279.

(44) Trib. confl., 19 mars 1904 (Maudière), *Rec.*, p. 252. Cf. également conclusions de M. Saint-Paul, comm. du gouvernement, sous Cons. d'Etat, 16 déc. 1904, *Rec.*, p. 816.

(45) Cf. Cons. d'Etat, 31 juillet 1903 (Armelin), *Rec.*, p. 607; Cons. d'Etat 16 mai 1904 (Lacostes), *Rec.*, p. 387.

cette faute peut s'apprécier indépendamment de la valeur juridique de l'acte administratif dont elle est matériellement séparée.

Dans la seconde série, en revanche, la question de faute personnelle est intimement liée au caractère administratif de l'acte accompli par le fonctionnaire. Si cet acte n'est entaché que d'un excès de pouvoir ou d'un détournement de pouvoir, la responsabilité de son auteur ne peut pas être engagée, parce qu'en réalité, il n'a pas eu l'intention de sortir du domaine administratif : il a pu violer une loi de compétence, agir dans un but qu'il n'était pas compétent pour poursuivre, oublier certaines formalités importantes, mais non essentielles. Il a toujours eu en vue d'assurer le fonctionnement d'un service public.

Si, au contraire, le fonctionnaire a commis une usurpation de pouvoirs, c'est-à-dire s'il s'est placé en dehors du domaine administratif et a empiété sur le domaine judiciaire, s'il a poursuivi un but étranger au fonctionnement de tout service public, s'il a négligé systématiquement les procédures administratives les plus élémentaires, sa faute personnelle est alors évidente, et elle entraîne sa responsabilité envers les particuliers victimes de ses agissements. Dans ce cas, son activité perd tout caractère juridique et tout caractère administratif : elle devient une véritable voie de fait.

Mais, qu'il s'agisse d'une faute personnelle détachable de l'acte administratif ou d'une faute personnelle incluse dans l'acte en apparence fonctionnel de l'agent administratif, c'est aux tribunaux judiciaires qu'il appartient de dire si les faits reprochés au fonctionnaire sont susceptibles ou non d'entraîner sa responsabilité. C'est du moins la solution générale qui est donnée par la jurisprudence française et c'est cette question que nous allons examiner dans le chapitre suivant.

CHAPITRE IV

Règles de compétence et de procédure.

Il ne suffit pas d'affirmer le principe de la responsabilité personnelle des fonctionnaires, d'en rechercher la nature juridique et d'en mesurer l'étendue; il reste encore à déterminer les moyens de la mettre en œuvre et de lui donner une sanction effective.

I. — LA COMPÉTENCE EST JUDICIAIRE MAIS LIMITÉE PAR LE CONFLIT.

Devant quels tribunaux cette responsabilité pourra-t-elle être mise en jeu? Sans aucun doute, devant les tribunaux judiciaires. C'est la solution que nous avons tirée des principes révolutionnaires (1). La responsabilité des fonctionnaires est en effet la condition première et indispensable de la garantie sociale et de la sûreté, et les tribunaux judiciaires sont compétents pour intervenir toutes les fois que les droits individuels sont principalement et directement en jeu.

Mais leurs pouvoirs doivent nécessairement être limités pour qu'ils ne puissent pas porter atteinte au principe fondamental de la séparation des autorités administrative et judiciaire. Il ne faut pas que, sous prétexte de juger la res-

(1) Voir chap. I, p. 3.

ponsabilité personnelle des fonctionnaires, ils aillent jusqu'à apprécier les actes administratifs et à s'immiscer dans les fonctions des administrateurs (2).

C'est pour éviter les empiètements de l'autorité judiciaire que la Constitution de l'an VIII, dans son article 75, avait subordonné à une autorisation du gouvernement en Conseil d'Etat l'exercice de toute action en responsabilité dirigée contre un fonctionnaire. Mais cette garantie administrative au profit des fonctionnaires aboutissait en quelque sorte à leur irresponsabilité. Aussi, l'un des premiers actes du gouvernement de la Défense nationale fut-il d'abroger l'article 75 par le décret du 19 septembre 1870, qui supprimait en même temps « toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre (3) ».

Nous avons étudié l'interprétation que la jurisprudence avait donnée de ce décret au point de vue de la nature de la faute incombant au fonctionnaire. En voici maintenant les conséquences au point de vue des règles de compétence. S'il existe à la charge du fonctionnaire une faute personnelle, la responsabilité de ce dernier peut être engagée et les tribunaux judiciaires sont compétents pour apprécier et juger l'action en responsabilité dirigée contre lui. Si, au contraire, il n'y a qu'une faute de fonction, les tribunaux judiciaires sont incompétents pour en connaître et le conflit peut être élevé.

C'est là la distinction admise par le Tribunal des conflits : et cette solution assure le respect des différents intérêts en présence (4).

(2) Voir chap. I, p. 9.

(3) Sur la garantie administrative et le décret du 19 septembre 1870, voir également chap. I, p. 17.

(4) L. Duguit, note précitée sous Bordeaux, 19 juin 1917, S., 48-49. 2. 4.

Le particulier est protégé : une juridiction qui offre toutes garanties de savoir, d'indépendance, d'impartialité est chargée de décider si les agissements reprochés au fonctionnaire constituent ou non une faute personnelle susceptible d'entraîner sa responsabilité. D'un autre côté, par la procédure du conflit et par l'application logique du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire, les fonctionnaires sont soustraits aux poursuites téméraires d'administrés mécontents ou rancuniers. Le Tribunal des conflits, en fait, joue le rôle qui, d'après l'article 73 de la Constitution de l'an VIII, appartenait au Conseil d'Etat, mais avec cette différence capitale que le conflit est postérieur aux poursuites au lieu de leur être préalable comme l'autorisation administrative. Le tribunal judiciaire n'est dessaisi que si le conflit est validé.

Le système admis par la jurisprudence conduit d'ailleurs à attribuer au Tribunal des conflits un rôle et des pouvoirs qui, légalement, ne sont pas les siens. Quand un individu se prétend lésé par le fait d'un fonctionnaire, il l'assigne devant le tribunal judiciaire. Si l'autorité administrative n'élève pas le conflit, elle reconnaît par là-même l'existence d'une faute personnelle à la charge du fonctionnaire et le tribunal judiciaire apprécie en pleine liberté si et dans quelle mesure cette faute personnelle entraîne la responsabilité de son auteur.

Mais si, au contraire, l'autorité administrative élève le conflit (et elle peut toujours le faire), le Tribunal des conflits est alors appelé à examiner et à dire si le fait reproché au fonctionnaire, en le supposant établi, constitue une faute personnelle ou une faute de fonction. Lorsque le Tribunal des conflits juge que les faits incriminés constituent une faute personnelle, il annule l'arrêté de conflit : le tribunal judiciaire reste alors saisi de l'action en responsabilité civile

sur laquelle il est compétent pour statuer. Mais lorsque le Tribunal des conflits estime qu'il ne se trouve dans les faits allégués aucun élément de faute personnelle, il maintient l'arrêté de conflit et le tribunal judiciaire est dessaisi de l'action.

En réalité, en agissant ainsi, le Tribunal des conflits ne juge pas seulement une question de compétence. Il juge en même temps la question de fond et décide souverainement si les faits incriminés constituent une faute de fonction ou une faute personnelle (5). C'est ce qui explique le rôle considérable qu'a joué la jurisprudence du Tribunal des conflits dans l'élaboration de la théorie générale de la responsabilité personnelle des fonctionnaires : c'est d'ailleurs grâce à cette jurisprudence remarquable que l'évolution juridique qui vient d'être étudiée dans les chapitres précédents a pu s'accomplir en toute liberté.

II. — LES POUVOIRS DES TRIBUNAUX JUDICIAIRES

Les tribunaux judiciaires, en présence d'une action en responsabilité personnelle, avant d'admettre le demandeur à faire la preuve des faits allégués, doivent se poser une double question : ces faits, en les supposant établis, constituent-ils une faute et cette faute, si elle existe, est-elle une faute personnelle au fonctionnaire ? C'est seulement dans ce dernier cas qu'ils sont compétents pour ordonner la preuve des faits allégués et pour prononcer ensuite, s'il y a lieu, une condamnation pécuniaire (6).

Mais si l'autorité administrative estime que dans ces faits il n'y a qu'une faute de fonction, elle peut élever le conflit.

(5) L. Duguît, *Transformations du droit public*, p. 273.

(6) G. Jèze, note dans *Revue du droit public*, 1909, p. 264.

Suivant la procédure ordinaire, l'arrêté de conflit doit être précédé du déclinaire d'incompétence (7).

La question délicate qui se pose est celle de savoir quels sont les pouvoirs du tribunal judiciaire sur le déclinaire d'incompétence. M. Duguil reprend ici sa distinction entre les cas où il existe à côté de l'acte fonctionnel un acte matériellement distinct de lui et les cas où la faute personnelle est incluse dans l'acte fonctionnel, pour en tirer des conséquences contentieuses au point de vue de la compétence des tribunaux judiciaires. Il s'exprime ainsi :

« Si le demandeur prétend qu'il y a, de la part du fonctionnaire, un acte n'ayant rien de fonctionnel, connexe sans doute à l'acte administratif, mais parfaitement distinct de lui, comme dans les trois espèces précédemment citées : diffamations, injures, propos obscènes tenus par un instituteur dans sa classe, il doit rejeter le déclinaire et se déclarer compétent; il n'empiète pas sur le domaine de l'autorité administrative, puisqu'il ne s'agit pas d'apprécier un acte fonctionnel, mais bien un acte qui n'a en soi rien de fonctionnel... Dans la seconde hypothèse examinée, où n'apparaît que l'acte fonctionnel, où il n'est allégué contre le fonctionnaire aucun fait distinct de lui, où l'on prétend que l'élément de la faute est inclus dans l'acte fonctionnel, parce qu'il a un objet non administratif ou que, ayant un objet administratif, il a été déterminé par un but étranger à tout service public, le tribunal judiciaire doit, sur le vu du déclinaire, se déclarer incompétent, comme il devrait d'ailleurs le faire d'office en tout état de cause, si le déclinaire n'était pas opposé par le préfet ou l'exception d'incompétence invoquée par le fonctionnaire (8). »

(7) Sur la procédure du conflit, consulter Berthélemy, *Droit administratif*, 5^{me} éd., p. 883.

(8) L. Duguil, note précitée sous Bordeaux, 19 juin 1917, p. 4 *in fine*.
Berleaud

M. Duguit, pour justifier sa distinction et sa solution, ajoute que, dans cette seconde hypothèse, le tribunal judiciaire est incompétent pour rechercher et réprimer la faute personnelle parce que cette recherche nécessiterait l'appréciation et l'examen d'un acte administratif : « Il est matériellement impossible que le tribunal judiciaire apprécie s'il y a ou non, inclus dans l'acte fonctionnel, l'élément de faute personnelle, sans apprécier l'acte fonctionnel, et cela il ne peut pas le faire. » Et il ajoute : « Sans doute si l'acte fonctionnel a un objet qui sort du domaine administratif, s'il est déterminé par un but étranger à tout service public, il cesse d'être un acte administratif pour devenir une voie de fait, une usurpation de pouvoirs; mais le tribunal judiciaire ne peut pas apprécier cela parce qu'il ne peut jamais apprécier l'acte fonctionnel émané d'un fonctionnaire administratif; le principe intangible de la séparation des pouvoirs s'y oppose (9). »

A l'appui de sa théorie, M. Duguit cite un arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 1912 (10). Il s'agissait, dans l'espèce, d'un maire présidant un bureau de vote qui avait forcé un électeur âgé et malade, obligé de rester couvert et de s'appuyer sur une canne, à sortir de la salle de vote et à n'y rentrer que découvert et sans canne, sous peine d'être privé de l'exercice de son droit électoral. L'électeur, contraint de s'abstenir de voter dans ces conditions, avait intenté une action en responsabilité civile contre le maire.

La Cour de Toulouse (11) avait vu dans l'acte du maire une faute personnelle, mais la Cour de cassation, malgré les conclusions contraires de l'avocat général, a cassé l'arrêt

(9) Note précitée p. 5.

(10) Cass. civ., 11 juin 1912 (Desclaux), S., 12. 1. 384 avec note anonyme.

(11) Toulouse, 11 mars 1908, S., 10. 2. 12.

pour les motifs suivants : « Attendu que Desclaux (le maire) a agi dans l'exercice des fonctions administratives qu'il remplissait alors et en vertu des pouvoirs de police que la loi confère aux présidents des bureaux électoraux; qu'en supposant qu'il ait commis une faute dont il pourrait être personnellement responsable, ce ne serait en conséquence qu'à l'autorité administrative qu'il appartiendrait d'en connaître l'existence. »

La Cour de cassation, dans cet arrêt, paraît décider, en admettant que le maire ait commis une faute personnelle, que l'autorité administrative serait seule compétente pour en déclarer l'existence et que l'autorité judiciaire ne pourrait connaître de l'action en responsabilité qu'autant que l'autorité administrative se serait préalablement prononcée. Dans l'espèce, s'il y avait faute personnelle, elle était certainement incluse dans l'acte en apparence fonctionnel du maire, agissant dans l'exercice de ses pouvoirs de police, comme président du bureau de vote : c'est sans doute la raison pour laquelle la Cour de cassation, s'en tenant aux termes mêmes de la distinction de M. Duguit, a déclaré l'incompétence des tribunaux judiciaires, sans procéder à l'examen au fond des faits allégués. Mais, quelle que soit la valeur de la distinction précédente et malgré sa consécration par la Cour suprême, nous pensons qu'elle mérite certaines réserves et qu'il ne faut pas en tirer au point de vue de la compétence des conclusions exagérées.

A notre avis, dans toutes les hypothèses où existe une faute personnelle du fonctionnaire, les tribunaux judiciaires sont compétents pour en connaître et en proclamer l'existence et pour en juger les conséquences.

Cela ne présente aucune difficulté lorsqu'il y a, à côté de l'acte administratif, un acte personnel qui en est matériellement distinct : les tribunaux peuvent alors apprécier le

second sans apprécier le premier. Mais la solution doit rester la même quand l'élément de faute personnelle est inclus dans l'acte en apparence fonctionnel de l'agent administratif. Dans cette hypothèse, en réalité, il n'y a pas d'acte fonctionnel du tout ; l'acte administratif fait complètement défaut. M. Duguit dit lui-même : il n'y a qu'une voie de fait ou une usurpation de pouvoirs. Le fonctionnaire fautif est en effet complètement sorti du domaine administratif soit parce qu'il a accompli un acte ayant un objet non administratif, soit parce qu'il a été déterminé par un but étranger à tout service public, soit enfin parce qu'il n'a pas employé les procédures administratives les plus élémentaires. Nous nous trouvons en présence d'un acte administratif inexistant qui ne peut produire aucun effet juridique, et les tribunaux judiciaires sont exclusivement compétents pour apprécier les conséquences dommageables que cet acte peut entraîner. En décidant que le fonctionnaire qui en est l'auteur est personnellement responsable, aucune atteinte n'est portée au principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire, puisqu'il s'agit d'un acte qui n'a aucun caractère administratif, ni même juridique (12).

Sauf l'arrêt isolé de la Cour de cassation qui vient d'être rapporté, la jurisprudence en général et celle du Tribunal des conflits en particulier admet la compétence des tribunaux civils pour reconnaître l'existence de la faute personnelle du fonctionnaire dans tous les cas sans exception, et notamment dans les exemples cités par M. Duguit lui-même.

Dans l'affaire du maire qui avait ordonné de sonner les cloches pour un enterrement civil, le Tribunal des conflits décide que l'acte du maire « constitue une simple voie de

(12) Dans ce sens : Laferrière, *Traité de jurid. adm.*, 2^{me} éd., I, p. 479. Hauriou, *Précis de droit adm.*, 10^{me} éd., p. 33.

fait ou tout au moins un fait personnel dont les conséquences ne peuvent être appréciées que par les tribunaux judiciaires; qu'ainsi c'est avec raison que le tribunal civil s'est reconnu compétent pour statuer sur l'action dirigée contre le sieur X... ». Même solution dans l'espèce où le maire avait ordonné la démolition d'un mur construit par un particulier en bordure d'un ruisseau : « Considérant que le tribunal civil en retenant la connaissance de ces questions n'a pas excédé les limites de sa compétence (14) ».

Il serait inadmissible d'ailleurs que les tribunaux judiciaires, compétents pour prononcer sur les conséquences des fautes personnelles des agents administratifs, fussent incompétents pour déclarer leur propre compétence. C'est pourtant la solution à laquelle aboutit la distinction proposée par M. Duguit.

Aussi ne pensons-nous pas, contrairement à la théorie soutenue par cet auteur, que la Cour de Bordeaux et la Cour de cassation, dans l'affaire des viandes foraines de Bordeaux, aient violé le principe de la séparation des pouvoirs en décidant que le maire de la ville, dans la mise à exécution des mesures d'inspection prescrites par son arrêté, n'avait pas commis de faute personnelle.

L'affaire est assez compliquée. Le maire de Bordeaux, agissant en vertu des pouvoirs de police à lui conférés par l'article 97, n° 5, de la loi municipale du 5 avril 1884, avait pris, le 9 mai 1914, un arrêté réglementant l'inspection sanitaire des viandes foraines. Les viandes foraines introduites à Bordeaux ne pouvaient être mises en vente qu'après avoir été soumises à une inspection qui devait être faite à l'abattoir et qu'après avoir reçu l'estampille apposée par le

(13) Trib. confl., 22 avril 1910 (Abbé Piment), S., 40. 3. 132.

(14) Trib. confl., 24 décembre 1904. (Moutlaure), S., 07. 3. 3.

vétérinaire municipal. L'un des articles de cet arrêté prévoyait en outre le transport d'office au poste d'inspection des viandes non estampillées. En exécution de cette disposition, le maire fit saisir à l'étal et dans les boutiques les viandes non présentées à l'inspection pour faire procéder à la formalité précédente.

Les intéressés se défendirent contre cette mesure par trois procédés. 1° Ils formèrent un recours pour excès de pouvoir contre l'arrêté municipal et en obtinrent l'annulation parce que ce règlement n'avait pas été soumis au préalable à l'examen du conseil départemental d'hygiène et de la commission sanitaire municipale (Loi du 15 février 1902, art. 20) (15); 2° Ils introduisirent devant le tribunal correctionnel de Bordeaux par voie de citation directe une demande tendant à faire déclarer le maire de Bordeaux coupable du délit d'abus de pouvoir, délit prévu et puni par les articles 184 et 186 du Code pénal (16); 3° Ils intentèrent enfin une action en responsabilité personnelle devant le tribunal civil contre le maire et le commissaire central de la ville de Bordeaux (17).

Toutes les juridictions de l'ordre judiciaire ainsi saisies se sont déclarées incompétentes pour connaître des actions portées devant elles, estimant que les actes reprochés au maire ne sauraient constituer une faute personnelle. Dans son arrêt du 19 juin 1917, la Cour de Bordeaux a statué en ces termes : « Attendu qu'il n'est articulé par les

(15) Cons. d'Etat, 23 juin 1916, *Rec.*, p. 243.

(16) Bordeaux, 19 juin 1917 (Monpillié et autres), avec la note précitée de M. Duguit, S., 18-19. 2. 1. — L'arrêt de la Chambre des appels correctionnels a été confirmé par la Cour de cassation : Cass. crim., 21 mars 1918, S., 18-19. 1. 47, avec autre note de M. Duguit.

(17) Cass. req., 5 juin 1918 (pourvoi contre arrêt de la Cour de Bordeaux du 21 juin 1915), S., 18-19. 1. 209, avec une note très intéressante de M. A. Mestre. Les deux arrêts de la Cour de cassation des 21 mars et 5 juin 1918 sont rapportés dans D., 21. 1. 41, avec une note également très suggestive de M. Appleton.

parties civiles, à la charge du cité, aucun fait de violences en dehors des actes par lui prescrits aux fonctionnaires sous ses ordres pour l'enlèvement des marchandises du domicile des plaignants et leur transport à l'abattoir, conformément à l'article 193 de l'arrêté; attendu que les actes ainsi incriminés ont incontestablement le caractère d'actes administratifs;... qu'en prenant un arrêté pour l'organisation de l'inspection des viandes foraines et en donnant aux fonctionnaires municipaux les instructions nécessaires pour la mise à exécution des mesures prescrites par le dit arrêté, le maire de Bordeaux accomplissait un acte de sa fonction et compris dans les attributions qui lui sont conférées par la loi; qu'il suit de là que les erreurs relevées dans les dits actes par ceux qui prétendent en avoir subi préjudice ont le caractère d'une faute de service, susceptible de donner lieu à des recours devant l'autorité administrative, mais ne sauraient constituer une faute personnelle, pouvant légitimer des poursuites devant les tribunaux de l'ordre judiciaire. »

M. Duguit soutient qu'en appréciant l'acte fonctionnel du maire, la Cour de Bordeaux était sortie de son domaine; qu'elle était absolument incompétente pour rechercher si un élément de faute personnelle était inclus dans cet acte et pour dire si le maire avait outrepassé ses pouvoirs et commis une usurpation de pouvoirs en faisant procéder à des actes d'exécution sur les biens de particuliers.

La Cour de Bordeaux, à notre avis, a fait une exacte application du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire. Elle était compétente pour décider si les actes d'exécution accomplis sous les ordres du maire constituaient ou non l'exercice de ses fonctions administratives ou n'étaient que de simples voies de fait susceptibles d'entraîner sa responsabilité. Dans ce dernier cas, en effet, il

n'y aurait plus eu d'acte administratif. Or nous savons que les tribunaux judiciaires sont toujours compétents pour juger les conséquences des actes qui, quoique accomplis par un agent administratif, ne sont administratifs ni par leur objet, ni par leur but, ni par leur procédure d'exécution.

Tout au plus, pourrait-on relever une incorrection dans les motifs de l'arrêt de la Cour de Bordeaux, qui a reconnu le caractère d'une faute de service, susceptible de donner lieu à des recours devant l'autorité administrative, aux actes du maire incriminé. Cela, la Cour ne pouvait pas le dire : si elle était compétente pour décider qu'il y avait ou non une faute personnelle, elle était certainement incompétente pour décider si les irrégularités reprochées constituaient ou non une faute de service. Un pareil pouvoir n'appartient qu'aux tribunaux administratifs.

La thèse de M. Duguit, d'après laquelle les tribunaux judiciaires sont incompétents pour rechercher et déclarer la faute personnelle, lorsque cette faute se trouve être incluse dans l'acte fonctionnel, aboutit enfin à des complications de procédure inadmissibles. Si, en pareille hypothèse, le tribunal civil saisi se déclare incompétent, ainsi que l'y invite le précédent auteur, où l'administré lésé pourra-t-il s'adresser pour obtenir justice? M. Duguit a prévu l'objection et prétend que même alors le particulier ne sera point désarmé (18). Il n'aura qu'à former contre l'unité administrative, au nom de laquelle le fonctionnaire a agi, une action en responsabilité portée devant le tribunal administratif. Si celui-ci reçoit cette action, parce qu'il estime qu'il ne s'agit que d'une simple faute de fonction, les intérêts de l'administré seront sauvegardés et recevront immédiatement satisfaction. Mais s'il y a faute personnelle, le tribunal admi-

(18) L. Duguit, note précitée sous Bordeaux, 19 juin 1917, p. 5.

nistratif se déclarera incompétent : d'où conflit négatif. Et le Tribunal des conflits, qui pourra être saisi à la diligence de l'administré (Décret du 26 octobre 1849, art. 17), reconnaîtra enfin la compétence du tribunal judiciaire.

Ce circuit long et compliqué s'est parfois présenté en pratique. Dans une affaire de sonneries de cloches à l'occasion d'un enterrement civil, le Tribunal civil de Bar-sur-Seine, la Cour d'appel de Paris et le Conseil de préfecture de l'Aube s'étaient successivement déclarés incompétents pour connaître de l'action en responsabilité civile dirigée contre le maire qui avait donné l'ordre de sonner les cloches. Le demandeur saisit alors le Tribunal des conflits sur conflit négatif, et ce dernier, reconnaissant qu'il y avait dans l'acte du maire une faute personnelle, déclara nul et non avenu l'arrêt d'incompétence de la Cour de Paris et renvoya les parties devant ladite Cour « considérant que l'ordre donné par le maire pour exécuter les sonneries ne saurait être envisagé comme un acte administratif fait dans le cercle de ses attributions, mais constitue une simple voie de fait ou tout au moins un fait personnel dont les conséquences ne peuvent être appréciées que par les tribunaux judiciaires (19).

Il est à remarquer d'ailleurs que cet arrêt Thiney invoqué par M. Duguit condamne nettement le détour de procédure imaginé par l'auteur, quand il affirme : « Que c'est à tort que la Cour de Paris s'est déclarée incompétente ».

Nous avons encore un exemple de conflit négatif d'attributions dans la décision du Tribunal des conflits du 2 mai 1914 (20). Un attaché de la délégation française en Perse, le sieur Watelin, avait formé une demande contre le direc-

(19) Trib. confl., 29 janvier 1916 (Abbé Thiney), *Rec.*, p. 52.

(20) Trib. confl., 2 mai 1914 (Watelin), *Rec.*, p. 529, S., 21. 3. 7.

teur de cette mission à l'effet d'obtenir une réparation pécuniaire à raison du préjudice que lui avait causé la substitution, dans le « Recueil des mémoires de la délégation française en Perse », à un mémoire rédigé par lui, d'un travail fait sur le même sujet par un autre auteur et illustré au moyen de ses propres dessins. La Cour d'appel de Paris (17 octobre 1912) et le ministre de l'Instruction publique s'étaient déclarés incompétents par une double déclaration contradictoire sur la même question. Le Tribunal des conflits a estimé que de cette double déclaration résultait un conflit négatif, bien que la seconde émanât non point d'une juridiction administrative, mais d'un ministre (C'est, en effet, une jurisprudence constante du Tribunal des conflits que les décisions des ministres, si elles ne constituent point des actes juridictionnels, sont cependant suffisantes pour créer un conflit négatif) (21).

Dans cette nouvelle espèce comme dans l'affaire Thiney, le Tribunal des conflits a décidé : « Que le fait allégué constituerait, s'il était établi, une faute personnelle se détachant de l'exercice des fonctions du sieur X... et dont il n'appartiendrait qu'à l'autorité judiciaire d'apprécier les conséquences; qu'ainsi c'est à tort que la Cour d'appel de Paris s'est déclarée incompétente pour statuer sur l'action dirigée contre le sieur X... »

Il résulte donc de la jurisprudence même du Tribunal des conflits chargé de statuer sur les conflits négatifs d'attributions que les tribunaux judiciaires sont compétents pour décider si l'acte du fonctionnaire constitue ou non une faute personnelle, sans qu'il y ait lieu de distinguer si cette faute est contenue dans un acte matériellement séparé de l'acte

(21) En ce sens : Trib. confl., 17 juin 1899 (de Dreux-Brézé), S., 3. 17; 31 mai 1913 (Pichot), S., 46. 3. 43.

administratif ou est incluse dans l'acte en apparence fonctionnel de l'agent administratif (22). Le rôle du Tribunal des conflits n'est pas de créer des compétences, mais seulement de les reconnaître et de les proclamer. « Lorsqu'il juge sur conflit négatif que l'autorité judiciaire est compétente, il déclare en réalité qu'elle aurait dû retenir la cause et que, si elle ne l'a pas fait, c'est par suite d'une fausse application des règles de droit (23). »

Bien entendu, si le tribunal judiciaire estime qu'il n'y a qu'une faute de service, il doit se déclarer incompétent et, s'il ne le fait pas, l'autorité administrative sera alors fondée à élever le conflit. L'arrêté de conflit sera toujours précédé, avons-nous vu déjà, du déclinatoire d'incompétence. Mais une question spéciale se pose, en ce qui concerne la recevabilité de ce déclinatoire, lorsqu'il s'agit d'une poursuite devant la juridiction correctionnelle ou devant la juridiction criminelle.

III. — LE CONFLIT DEVANT LES JURIDICTIONS CORRECTIONNELLE ET CRIMINELLE.

Il arrive souvent que les particuliers lésés, usant du droit de citation directe, assignent les agents administratifs auteurs des actes incriminés devant la juridiction correctionnelle. C'est ce qu'avaient fait les facteurs dans l'affaire des viandes foraines de Bordeaux (24); c'est aussi la procédure qu'avait employée le garçon distributeur qui avait été publiquement traité de voleur par un inspecteur des contributions

(22) Dans ce sens, note précitée de M. Mestre, sous Cass. req., 5 juin 1918, S., 48-19. 1. 210.

(23) Note précitée de M. Appleton sous Cass. crim. 21 mars 1918, et Cass. req., 5 juin 1918, D., 21. 1. 42.

(24) Bordeaux, 19 juin 1917, et Cass. crim., 21 mars 1918, précités.

indirectes lors d'une vérification dans un entrepôt de tabacs (25). On est en droit de se demander, puisqu'il s'agit alors d'un délit prévu et réprimé par la loi pénale, si le conflit peut être élevé et si le déclinatoire d'incompétence, préliminaire indispensable de la procédure du conflit, est recevable.

Au premier abord, il serait permis de supposer le contraire. Les articles 1 et 2 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 sont en effet ainsi conçus : « A l'avenir, le conflit d'attributions entre les tribunaux et l'autorité administrative ne sera jamais élevé en matière criminelle. Il ne pourra être élevé de conflit en matière de police correctionnelle que dans les cas suivants : 1^o Lorsque la répression du délit est attribuée par une disposition législative à l'autorité administrative; 2^o Lorsque le jugement à rendre par le tribunal dépend d'une question préjudicielle, dont la connaissance appartiendrait à l'autorité administrative en vertu d'une disposition législative; et, en ce dernier cas, le conflit ne pourra être élevé que sur la question préjudicielle. »

Mais il est de jurisprudence constante et de doctrine à peu près unanime que le conflit peut être élevé devant le tribunal correctionnel comme devant le tribunal civil lorsque les juges correctionnels sont saisis par voie de citation directe. C'est la solution déjà admise par M. Laferrière : « Cette citation, dit-il, n'est, aux termes de l'article 183 du Code d'instruction criminelle, qu'une action civile qui tient lieu de plainte. Or nous avons vu qu'en présence d'une action civile le conflit peut être élevé non seulement sur la question préjudicielle, mais sur le fond, quel que soit le juge devant lequel l'action est portée » (26). Si les articles 1

(25) Trib. confl., 22 juillet 1909 (Carbonnel), S., 12. 3. 33.

(26) Laferrière, *Traité de la jurid. adm.*, 2^{me} éd., t. I, p. 631 et suiv.

et 2 de l'ordonnance de 1828 étaient appliqués à la lettre, il serait facile au particulier qui se prétend lésé par un acte personnel d'un fonctionnaire de mettre en échec le principe fondamental de la séparation des autorités administrative et judiciaire en citant directement le fonctionnaire coupable devant la juridiction répressive. Il lui suffirait, pour empêcher le conflit, de donner la qualification de délit à des faits qui seraient en réalité des actes administratifs.

Dans ses conclusions (27), M. Feuilleley a nettement limité la portée de l'interdiction contenue dans l'ordonnance de 1828 et mis en évidence les raisons de la solution aujourd'hui admise. L'ordonnance de 1828 a simplement voulu que l'action publique, qui tend à la répression dans un intérêt social, ne pût plus être désormais entravée, comme il était arrivé qu'elle le fût, et que l'autorité judiciaire demeurât indépendante, dans l'exercice de sa mission répressive, des empiètements arbitraires de l'Administration. Mais cette ordonnance n'a pas eu pour conséquence de porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs et de permettre aux parties, en les qualifiant délits, de soustraire à l'autorité administrative, qui seule doit en connaître, l'appréciation d'actes administratifs. Les tribunaux répressifs en ce cas font office de juges civils et statuent sur l'action en réparation du dommage causé par un délit : la réparation du dommage est poursuivie au nom de l'intérêt privé et l'intérêt social de la répression n'est plus en jeu. Voilà pourquoi les juges répressifs demeurent soumis aux règles de la séparation des pouvoirs : le conflit peut être élevé, car le tribunal correctionnel saisi par voie de citation directe

(27) Conclusions de M. Feuilleley, sous Trib. confl., 22 juillet 1909 (Carbonnel), *Rev. Gén. d'Ad.*, 1910, t. I, p. 37.

n'est au fond saisi que d'une action en responsabilité civile.

A maintes reprises, le Tribunal des conflits a reconnu la recevabilité du conflit élevé devant les tribunaux correctionnels saisis dans ces conditions (28). Cette jurisprudence est si bien assise que la Cour de Bordeaux et la Cour de cassation ne se sont même pas préoccupées de la question dans l'affaire des viandes foraines.

La Cour de Dijon (29), dans une action civile intentée accessoirement à l'action publique par le père d'un écolier contre un cantonnier municipal qui, en négligeant de protéger une tranchée ouverte, avait causé le décès de son enfant qui y était tombé en sortant de la classe du soir, a expressément admis la recevabilité du déclinaire d'incompétence présenté par le préfet relativement à l'action civile, mais au fond elle n'y a pas fait droit et elle s'est déclarée compétente parce qu'elle a estimé que la faute relevée à la charge de l'agent municipal, « bien que commise au cours des travaux commandés, lui demeurait personnelle ».

Malgré les termes en apparence formels de l'ordonnance de 1828, le Tribunal des conflits est allé plus loin et a même admis la recevabilité du conflit en matière criminelle. Car il n'y a vraiment matière criminelle que lorsque l'action publique est en jeu : mais les plaintes, les dénonciations, les constitutions de parties civiles qui tendent à provoquer cette action ne suffisent pas par elles-mêmes à créer la matière criminelle et à mettre obstacle au conflit.

La jurisprudence du Tribunal des conflits est très précise à ce point de vue et elle s'est affirmée dans trois décisions du 22 décembre 1880 (30), à l'occasion de l'exécution des

(28) Trib. confl., 15 avril 1905 (dame Debref), S., 67. 3. 48.

(29) Dijon, 21 janvier 1914 (Provost), D., 14. 2. 129, avec une note de M. Lalou.

(30) Trib. des confl., 22 décembre 1880 (Roucanières. — Taupin — Kerven-

décrets contre les congrégations religieuses. La haute juridiction a admis la recevabilité du conflit élevé devant le juge d'instruction saisi par les plaintes de la partie lésée. Le préfet de la Gironde, dans l'une de ces affaires, avait ordonné par arrêté la fermeture de l'établissement occupé par les membres de la congrégation de Jésus. Un sieur Roucanières, prêtre affilié à cette congrégation non autorisée, déposa entre les mains du juge d'instruction, puis du premier président de la Cour de Bordeaux, une plainte contre le préfet de la Gironde et le commissaire central de police, motivée sur des faits de violation de domicile et d'attentat à la liberté individuelle. Une ordonnance du premier président ayant décidé qu'il y avait lieu d'informer quant au fait d'attentat à la liberté individuelle, le conflit fut élevé après rejet du déclinaoire d'incompétence.

L'arrêté de conflit fut confirmé par le Tribunal des conflits avec les motifs suivants : « Considérant que l'ordonnance du 1^{er} juillet 1828, en interdisant à l'autorité administrative d'élever le conflit en matière criminelle, a eu uniquement pour but d'assurer le libre exercice de l'action publique devant la juridiction criminelle et la compétence exclusive de cette juridiction pour statuer sur la dite action; mais que ce texte n'a pas eu pour but et ne saurait avoir pour effet de soustraire à l'application du principe de la séparation des pouvoirs l'action civile formée par la partie se prétendant lésée, quelle que soit la juridiction devant laquelle cette action est portée; considérant, d'autre part, que l'acte par lequel le sieur Roucanières a porté plainte et s'est porté partie civile ne constituait pas l'exercice d'une

nic), S., 82. 3. 57, avec le rapport de M. Reverchon, les conclusions de M. Chante-Grellet, commissaire du gouvernement, et les plaidoiries de MM. Bellaigue et Jozon.

action publique; qu'ainsi la matière n'était pas criminelle dans le sens de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828. »

Dans cette affaire, le Tribunal des conflits ne s'est pas borné à mettre à néant l'action civile résultant de la constitution de partie civile jointe à la plainte, mais il a annulé la plainte elle-même et les ordonnances du magistrat instructeur. M. Laferrière a critiqué ces dernières conséquences (31); il voit une matière criminelle dans les ordres d'informer et les autres ordonnances rendues par un juge d'instruction, saisi d'une plainte régulière ou non. Il n'est pas possible de s'associer à cette critique : les ordonnances du magistrat instructeur ne sont que la suite de l'action civile puisque le ministère public n'agit pas par lui-même, de telle sorte que l'action civile tombant, les actes qui en sont la conséquence doivent subir le même sort.

Les règles de procédure et de compétence qui viennent d'être examinées révèlent bien le double but poursuivi dans la mise en œuvre de la responsabilité personnelle des fonctionnaires. D'un côté, le principe de la responsabilité des fonctionnaires reçoit une sanction effective puisque le jugement de cette responsabilité appartient aux tribunaux judiciaires et que la liberté la plus absolue des poursuites existe devant eux. La compétence de ces tribunaux cependant n'est pas entière : ils ne peuvent juger les actions en responsabilité que lorsque le fonctionnaire poursuivi a commis une faute personnelle, mais alors ils sont compétents pour dire dans tous les cas sans exception s'il y a ou non faute personnelle, quelles que soient les circonstances dans lesquelles cette faute puisse apparaître.

(31) Laferrière, *Traité de la jurid. adm.*, 2^{me} éd., t. I, p. 630.

D'un autre côté, le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire est intégralement maintenu et respecté. L'Administration, si elle estime que pour juger la responsabilité personnelle des fonctionnaires les tribunaux sont obligés d'apprécier un acte administratif, peut élever le conflit. Dans ce cas, c'est le Tribunal des conflits, composé des magistrats les plus éclairés et les plus indépendants qui soient, qui décide souverainement si les actes du fonctionnaire incriminés constituent ou non une faute personnelle et ce, sans qu'il soit besoin de distinguer entre les tribunaux primitivement saisis de l'action en responsabilité, qu'il s'agisse des tribunaux répressifs ou des tribunaux civils.

En définitive, la construction juridique élaborée par la jurisprudence et précisée par la doctrine aboutit à une élégante conciliation des droits des particuliers et des prérogatives de l'Administration.

CHAPITRE V

De la responsabilité personnelle du fonctionnaire agissant sur l'ordre d'un supérieur hiérarchique.

Jusqu'ici on a supposé que l'acte qui avait causé un préjudice à un particulier avait été commis par le fonctionnaire agissant de sa propre initiative. Mais si cet acte est accompli sur l'ordre d'un supérieur auquel l'agent est hiérarchiquement subordonné, la responsabilité de ce dernier va-t-elle se trouver engagée dans les mêmes conditions? En un mot, le fait que l'agent n'a pas agi de lui-même, mais sur l'ordre d'un supérieur qui avait le droit de lui commander, est-il de nature à amener des modifications à l'application des règles qui ont été précédemment étudiées sur la responsabilité personnelle des fonctionnaires (1)?

I. — DE L'INFLUENCE DE L'ORDRE HIÉRARCHIQUE SUR LA RESPONSABILITÉ DES AGENTS : DIFFÉRENTS SYSTÈMES EN PRÉSENCE.

Le problème est délicat et difficile à résoudre. Jusqu'à ces derniers temps, la doctrine française n'avait point

(1) Cf., sur ce chapitre : L. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents* p. 649 et suiv.; M. Hauriou, *De l'autorité juridique du pouvoir politique*, Appendice aux *Principes de droit public*, 2^{me} éd., p. 799 et suiv.; J. Barthélemy, *L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents*, *Revue du droit public*, 1914, p. 491 à 548; A. de Chabert-Ostland, *Contribution à l'étude des voies de fait*, thèse, Lille, 1907, p. 156 et suiv.; E. Bernard, thèse, p. 196 et suiv.

approfondi la question et les quelques solutions particulières données par la jurisprudence ne permettaient pas d'édifier une théorie générale.

Le Code pénal prévoyait bien certains cas dans lesquels le fonctionnaire qui avait agi par ordre de ses supérieurs était exempt de la peine prononcée par la loi. Mais ce n'étaient là que des dispositions d'espèces, strictement limitatives et dont on ne pouvait dégager un principe directeur.

Pour s'en rendre compte, il suffit d'étudier rapidement les articles 114, 184 et 190 du Code pénal qui contiennent toutes les hypothèses dans lesquelles l'ordre du supérieur influe sur la responsabilité pénale du fonctionnaire subordonné. Après avoir puni de la dégradation civique tout fonctionnaire public, agent ou préposé du gouvernement qui « aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire ou attentatoire soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs citoyens, soit à la Charte (à la Constitution) », le législateur ajoute au § 2 du même article : « Si néanmoins il justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il leur était dû l'obéissance hiérarchique, il sera exempt de la peine, laquelle sera, dans ce cas, appliquée seulement aux supérieurs qui auront donné l'ordre. » La même disposition est déclarée applicable par l'article 184 au cas de violation de domicile et par l'article 190 au cas de réquisition de la force publique contre l'exécution d'une loi, contre la perception d'une contribution légale, ou contre l'exécution soit d'une ordonnance ou mandat de justice, soit de tout autre ordre émané de l'autorité légitime.

Sans doute, ces textes sont bien précis. S'il existe un ordre du supérieur légitime pour des objets rentrant dans sa fonction, les peines prévues par la loi ne frapperont point

le fonctionnaire subordonné, mais seulement le supérieur qui aura donné l'ordre.

Ces dispositions méritent cependant quelques observations (2). D'abord, l'ordre du supérieur hiérarchique n'exclut pas la culpabilité du subordonné : cet ordre n'est pas une cause exclusive de culpabilité. Le fonctionnaire inférieur qui a violé la loi pénale reste coupable, bien qu'il n'ait fait qu'obéir aux instructions de son supérieur. L'obéissance à l'ordre du supérieur constitue seulement une excuse absolutoire. Si le fonctionnaire est déclaré coupable par le jury, mais, en même temps, si le jury répond affirmativement à la question accessoire d'excuse, l'accusé est absous, c'est-à-dire exempt de la peine que la Cour n'a point à prononcer : il n'est pas acquitté. L'intérêt de cette distinction est considérable au point de vue moral; il l'est aussi au point de vue pratique, puisque l'accusé simplement absous aura notamment à supporter les frais du procès.

Ensuite, il importe peu, pour bénéficier de l'excuse absolutoire, que le fonctionnaire inférieur ait cru ou non que l'acte qu'on lui demandait était légal, c'est-à-dire que ce fonctionnaire ait été de bonne ou de mauvaise foi. Il suffit des deux conditions suivantes : 1° Il faut qu'il y ait un lien hiérarchique entre celui auquel l'ordre a été donné et celui qui l'a donné ; 2° Il faut que l'ordre soit relatif à un objet du ressort du supérieur. Il n'y a non plus à rechercher si le coupable a agi librement ou sous l'empire d'une contrainte morale. Le jury doit admettre l'excuse absolutoire, si les conditions indiquées se trouvent réunies.

A raison même des circonstances limitées dans lesquelles

(2) L. Duguît, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 662; J. Barthélemy, *L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents*, *Revue du droit public*, 1914, p. 312.

ils s'appliquent et des conséquences spéciales qu'ils entraînent, les textes des articles 114, 184 et 190 du Code pénal n'ont pas une portée générale. D'une part, au point de vue de la responsabilité pénale, tous les criminalistes paraissent d'accord pour reconnaître que l'excuse absolutoire dérivant de l'ordre donné par le supérieur ne doit s'appliquer que dans les cas limitativement prévus par ces articles et ne saurait être étendue à d'autres cas similaires (3). D'autre part, il est impossible de transporter dans le domaine de la responsabilité civile des textes qui, sans exclure la responsabilité pénale, dispensent seulement le fonctionnaire obéissant de la peine édictée par la loi.

La question de la responsabilité personnelle du fonctionnaire agissant sur les ordres de son supérieur hiérarchique reste donc entière et c'est uniquement en s'inspirant des principes généraux de notre droit public qu'on peut donner une solution au problème posé. Ce problème se ramène d'ailleurs à un problème plus général, celui de savoir si l'inférieur est obligé d'obéir dans tous les cas à l'ordre qui lui est donné par son supérieur hiérarchique. Supposons en effet que ce dernier donne l'ordre à son subordonné d'accomplir un acte contraire à la loi, d'employer son activité en violation de la loi du service public. Si l'inférieur est tenu d'obéir sans discussion aux instructions qu'il reçoit, en supposant même qu'il accomplisse des actes illégaux, il ne commet point de faute et sa responsabilité ne saurait être engagée. Si, au contraire, on admet que l'inférieur n'est pas tenu d'obéir à l'ordre donné de faire un acte contraire à la loi du service public, il se trouve en faute s'il fait cette chose illégale et cette faute est susceptible d'entraîner sa respon-

(3) Garraud, *Traité de droit criminel*, t. III, p. 35 et suiv, 2^{me} éd., 1899.

sabilité personnelle comme s'il agissait de sa propre initiative.

Ainsi la question de la responsabilité de l'inférieur ne peut être résolue que par la solution de cette autre question : quand le subordonné a-t-il le devoir juridique d'obéir à l'ordre de son supérieur hiérarchique ? L'ordre du supérieur de faire un acte contraire à la loi du service public s'impose-t-il à l'inférieur ?

Nous nous trouvons ici en présence de deux doctrines diamétralement opposées.

La thèse de M. Duguit est absolue (4). L'inférieur n'est pas tenu d'obéir à l'ordre de son supérieur hiérarchique, lorsque l'acte commandé n'est pas conforme à la loi. « L'ordre du fonctionnaire supérieur ne s'impose point à l'inférieur lorsqu'il a pour objet une chose contraire à la loi, et le fonctionnaire inférieur, qui ne fait qu'exécuter cet ordre, n'est point de ce chef exonéré de toute responsabilité » (5). M. Duguit raisonne ainsi : le fonctionnaire ne doit obéissance qu'à la loi ; si l'ordre du supérieur est conforme à la loi, en réalité, ce n'est pas à l'ordre que l'inférieur obéit, mais à la loi ; si l'ordre est illégal, l'inférieur doit désobéir à l'ordre pour obéir à la loi. La conséquence, c'est que la responsabilité personnelle du fonctionnaire ne peut jamais être influencée par l'ordre du supérieur hiérarchique. Avant d'obéir, l'agent administratif doit rechercher si l'acte à lui commandé constitue ou non, en soi, une faute personnelle et s'il l'accomplit, bien qu'il en ait reçu l'ordre, c'est à ses risques et périls. Le fonctionnaire ne doit pas l'obéissance passive aux ordres de ses supérieurs hiérarchiques et la loi

(4) L. Duguit, *op. cit.*, p. 624 et suiv. Cf., aussi *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 1^{re} éd., § 46 et 47, et notamment p. 229-230. — Dans le même sens que M. Duguit : G. Jèze, *Revue du droit public*, 1909, p. 271.

(5) L. Duguit, *op. cit.*, p. 625.

n'impose pas aux agents subordonnés l'obéissance préalable aux directions qu'ils reçoivent.

M. Duguit se défend d'ailleurs que la possibilité d'une discussion de la légalité des ordres donnés puisse rendre inopérante toute discipline administrative et conduire à l'anarchie. « Si l'agent est responsable quand il exécute un ordre contraire à la loi, il est également responsable quand il refuse d'exécuter un ordre conforme à la loi; et le bon fonctionnement des services publics sera bien plus complètement assuré par la claire notion que tous les agents, depuis les plus élevés jusqu'aux plus humbles, auront de leur responsabilité que par un système de discipline passive qui amollit les caractères, annihile les volontés et atrophie les intelligences (6). »

En sens opposé, la thèse de M. Hauriou est aussi absolue. Le subordonné a toujours le devoir juridique d'obéir à l'ordre de son supérieur et la hiérarchie n'est pas possible sans une obéissance préalable des agents administratifs aux ordres par eux reçus. « Il s'agit de savoir de quel côté est le préalable, si c'est du côté de l'autorité qui commande ou si c'est du côté du sujet qui obéit; si le sujet, avant d'obéir, peut soulever la question préalable de la légalité de l'ordre ou bien si au contraire il est obligé d'obéir avant de soulever la question de légalité (7). » Si donc le fonctionnaire inférieur est tenu d'obéir à l'ordre du fonctionnaire supérieur, même au cas où en l'exécutant il commet une faute, il se trouve par là-même exonéré de toute responsabilité. L'ordre hiérarchique atténue ou supprime la responsabilité de l'agent qui obéit.

La conception de M. Hauriou est la doctrine la plus géné-

(6) L. Duguit, *op. cit.*, p. 629.

(7) M. Hauriou, *De l'autorité juridique du pouvoir politique*, précité p. 804.

ralement admise. Elle a surtout été formulée par les auteurs allemands qui interdisent aux fonctionnaires subordonnés la possibilité de faire subir à l'ordre du supérieur, avant son exécution, un examen illimité portant à la fois sur le fond et sur la forme (8). D'après eux, le fonctionnaire inférieur est tenu d'obéir et échappe à toute responsabilité quand les trois conditions suivantes se trouvent remplies : 1° Il faut que l'ordre soit donné dans la forme prescrite, par exemple, s'il est écrit, qu'il porte la signature du supérieur ; 2° Il faut que son exécution ressorte de la compétence générale *ratione materie et ratione loci* du fonctionnaire inférieur qui reçoit l'ordre (le fonctionnaire supérieur n'a pas le droit de diminuer ou d'augmenter la compétence de son subordonné) ; 3° Il faut que le fonctionnaire supérieur ait en principe la compétence réelle et locale pour donner l'ordre.

Il résulte de la doctrine allemande que le fonctionnaire n'a point à apprécier la régularité matérielle de l'acte ordonné, mais seulement la régularité formelle de l'ordre donné. Elle aboutit, comme celle de M. Hauriou, au devoir d'obéissance pour le fonctionnaire et partant à son irresponsabilité (9).

L'opposition est donc complète entre les théoriciens qui, comme M. Duguit, disent que le fonctionnaire ne doit obéissance qu'à la loi et ceux qui, comme M. Hauriou, prétendent que le fonctionnaire doit obéissance préalable aux ordres reçus. La vérité juridique se trouve peut-être entre ces deux extrêmes. M. Barthélemy, dans son étude très complète de la *Revue du droit public*, a cherché une solution intermédiaire adaptée à la fois aux réalités pratiques et aux principes juridiques. Il écrit : « Je crois d'ailleurs que notre pro-

(8) Laband, *Staatsrecht des deutschen Reiches*, 1901, t. I, p. 431 et suiv.

(9) Pour les doctrines allemandes cf., Barthélemy, *op. cit.*, p. 528 et suiv.

blème, comme la plupart des problèmes de droit public, n'est pas de ceux qui se laissent aisément résoudre au moyen d'un raisonnement purement juridique. Notre solution devra être nécessairement nuancée suivant les pays, les catégories de fonctionnaires, les catégories d'actes, et, dans un même pays, pour les mêmes objets, notre solution sera essentiellement évolutive (10). »

Quelle que soit la solution admise, elle ne pourra avoir de base solide que si elle est conforme à la notion que l'on doit se faire de la hiérarchie et de la nature juridique de l'ordre hiérarchique.

II. — LA HIÉRARCHIE ET LA NATURE JURIDIQUE DE L'ORDRE HIÉRARCHIQUE.

Les fonctionnaires, avons-nous dit, ont pour mission d'assurer le fonctionnement des services publics. Le législateur a pris certaines précautions pour garantir, autant que possible, le respect par eux de la loi du service auquel ils sont préposés et l'accomplissement fidèle de leurs obligations fonctionnelles. Dans ce but, il a organisé une sorte de subordination des agents les uns aux autres, de telle sorte que les agents inférieurs n'agissent que sous l'autorité des agents supérieurs.

L'Administration supérieure dispose de moyens très énergiques pour obliger les fonctionnaires subordonnés à n'agir que conformément à la loi de leur fonction. Ces moyens résident dans l'institution de la hiérarchie administrative.

Il est assez délicat d'arriver à une définition de cette hiérarchie. M. Duguit en a donné une notion toute particulière

(10) Barthélemy, *op. cit.*, p. 492 et 493.

et restrictive (11). Pour lui, la hiérarchie est le système en vertu duquel un agent peut suspendre, annuler ou réformer un acte fait par un autre agent et le pouvoir hiérarchique est le pouvoir qui appartient à l'agent supérieur de suspendre ainsi, d'annuler ou de réformer l'acte fait par l'agent inférieur. Cet auteur réserve le nom de pouvoir de surveillance au pouvoir qui appartient à l'Administration supérieure de donner des ordres ou des instructions aux fonctionnaires subordonnés.

Sans doute, dans ce système, le pouvoir hiérarchique se distingue du pouvoir de surveillance en ce qu'il n'intervient qu'après que l'acte a été accompli par l'agent inférieur, alors que le pouvoir de surveillance permet de prévenir la conduite du subordonné en lui donnant les ordres nécessaires. Mais en fait ces deux pouvoirs tendent au même but : l'accomplissement régulier par les fonctionnaires de toutes catégories de leurs obligations fonctionnelles. Et ils supposent l'un et l'autre la subordination de fonctionnaires inférieurs à des fonctionnaires supérieurs.

Cette subordination constitue précisément la hiérarchie administrative entendue au sens large et ordinaire du mot. C'est la définition qu'en donne M. Hauriou : « Hiérarchie signifie en soi superposition de degrés dans une organisation autoritaire des agents, de telle sorte que les agents inférieurs n'accomplissent pas leurs fonctions sous l'obligation directe et unique d'observer la loi, mais les accomplissent sous l'obligation d'obéir aux chefs qui s'interposent entre eux et la loi (12). »

C'est cette notion élargie de la hiérarchie que nous adop-

(11) L. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 487 et suiv., p. 474 et suiv.; *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 536 et suiv.

(12) Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10^{me} éd., p. 103.

terons. En admettant que le pouvoir hiérarchique puisse se décomposer en plusieurs éléments (13), l'un de ces éléments sera la possibilité, pour l'agent investi de ce pouvoir, d'adresser aux agents qui lui sont hiérarchiquement subordonnés des ordres de service imposant à ces derniers d'agir d'une manière strictement déterminée. Ces ordres de service constituent les ordres hiérarchiques.

Mais il ne suffit pas de dire en quoi consiste l'ordre hiérarchique, il faut encore en déterminer la nature juridique. Il est certain d'abord que cet ordre ne produit aucun effet de droit à l'égard du public, c'est-à-dire des administrés et ne saurait donner lieu de leur part à un recours contentieux (14). Mais, à l'intérieur de l'Administration, dans les rapports des fonctionnaires entre eux, l'ordre individuel ou collectif adressé par le fonctionnaire supérieur à ses subordonnés produit des conséquences juridiques en ce sens que l'inférieur a l'obligation d'obéir à cet ordre.

Bien entendu, il n'y a pas là un commandement adressé par une volonté individuelle à une autre volonté individuelle. Si le fonctionnaire est tenu d'obéir aux ordres de son supérieur hiérarchique, cette obligation ne fait que dériver de l'obligation plus générale qui lui incombe d'agir conformément à la loi de sa fonction. Cette loi lui impose notamment le devoir de suivre les instructions qui lui sont données, de se conformer à la direction qui lui est tracée par le fonctionnaire dont il dépend hiérarchiquement. Si l'agent subordonné est ainsi juridiquement lié par les ordres de son supérieur, c'est parce que ces ordres sont présumés donnés dans un but de service public et qu'en les accomplissant cet agent ne fait que remplir une obligation fonctionnelle.

(13) Hauriou, *op. cit.*, p. 104.

(14) Cons. d'Etat, 22 février 1918, S., 21. 3. 9, avec une note de M. Hauriou sur la vie intérieure des administrations publiques.

Il n'y a pas lieu d'ailleurs de distinguer entre le fonctionnaire militaire et le fonctionnaire civil (15). La loi limite peut-être plus étroitement pour le fonctionnaire militaire que pour le fonctionnaire civil le sens dans lequel il doit exercer son activité. La liberté d'action du premier est réduite au minimum. Le militaire de grade inférieur est obligé d'obéir sans discussion aux ordres donnés par son supérieur, car le but essentiel que poursuit toute loi qui organise la force armée, « c'est d'assurer une forte cohésion de cette force et d'établir pour cela une dépendance complète des divers agents qui la composent (16) ». Mais, si l'obligation du militaire d'obéir aux ordres de ses supérieurs est plus étroite que celle du fonctionnaire civil, elle n'est pas d'une nature juridique différente. Elles n'ont l'une et l'autre qu'un seul et même but : assurer le fonctionnement du service public conformément à la loi qui l'a organisé.

Le fonctionnaire qui reçoit un ordre et qui l'exécute ne fait donc en réalité que remplir un devoir de sa fonction et on comprend dès lors qu'il soit obligé de s'y conformer, même s'il est illégal, car il ne faudrait pas que les agents administratifs, sous prétexte d'apprécier la légalité ou l'illégalité de l'ordre reçu, puissent par leur esprit de discussion ou leur résistance, entraver le fonctionnement du service public auquel ils sont préposés. Il est nécessaire pour le maintien et le développement de la vie sociale que les services publics fonctionnent sans interruption. C'est la raison pour laquelle le supérieur qui donne un ordre à son subor-

(15) Sur la distinction entre les fonctionnaires militaires et les fonctionnaires civils, L. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 629 et suiv. Barthélemy, *op. cit.*, p. 493 et suiv.; Hauriou, *De l'autorité juridique du pouvoir politique*, précité, p. 801; de Chabert-Ostland, thèse, p. 167.

(16) L. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 633.

donné jouit en quelque sorte du bénéfice de l'obéissance préalable. Mais si l'ordre donné est ainsi exécuté par provision, il l'est aux risques et périls du supérieur qui pourra avoir à supporter lui-même les conséquences de sa faute personnelle. Pour que l'obéissance préalable ne soit pas une cause d'arbitraire intolérable, il importe que la responsabilité des fonctionnaires supérieurs soit largement reconnue et fermement sanctionnée.

Quant à la responsabilité du fonctionnaire inférieur qui n'a fait qu'exécuter l'ordre illégal, elle ne saurait être engagée si ce fonctionnaire a eu l'intention, en exécutant cet ordre, de remplir l'obligation fonctionnelle d'obéir à son chef hiérarchique. Si au contraire, en obéissant à l'ordre de son supérieur, l'agent subordonné a poursuivi un but autre que cette obligation fonctionnelle, il pourra être personnellement responsable comme s'il avait agi de sa propre initiative (17).

En principe donc la responsabilité du fonctionnaire qui n'a fait que se conformer aux ordres de son supérieur ne peut être mise en jeu. On ne pourrait en effet considérer comme une faute personnelle l'obéissance à un ordre reçu, puisque justement la hiérarchie a été organisée pour assurer le bon fonctionnement des services publics.

D'un autre côté, les ordres hiérarchiques, ne constituant que des actes d'administration intérieure, permettre aux particuliers de rechercher et d'apprécier les ordres donnés constituerait une atteinte au principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire. C'est pourquoi si, dans notre jurisprudence, on ne trouve pas une affirmation très nette de l'irresponsabilité absolue du fonctionnaire obéissant à ses supérieurs hiérarchiques, on peut cependant con-

(17) Cf., sur ce point : Bernard, Thèse, p. 206.

clure que l'ordre hiérarchique a pour conséquence d'imprimer dans la plupart des hypothèses à l'acte dommageable du fonctionnaire subordonné le caractère d'un fait de service qui ne peut donner lieu contre lui à ouverture d'une action en responsabilité personnelle (18).

III. — DES CONSÉQUENCES DE L'ORDRE HIÉRARCHIQUE SUR LA
RESPONSABILITÉ DES FONCTIONNAIRES D'APRÈS LA
JURISPRUDENCE FRANÇAISE.

Il n'est pas douteux d'abord que l'ordre hiérarchique ne peut avoir aucune influence sur la responsabilité pénale du fonctionnaire subordonné. Quel que soit l'ordre donné, ce dernier n'est jamais obligé de commettre une infraction. Sauf ce qui a été dit concernant l'excuse absolutoire des articles 114, 184 et 190 du Code pénal, sa responsabilité subsiste tout entière s'il se rend coupable d'un délit ou d'un crime. En conséquence l'action civile découlant de l'infraction pénale est recevable devant les tribunaux judiciaires, puisque toute faute pénale implique nécessairement une faute personnelle.

C'est ce qui résulte de la jurisprudence du Tribunal des conflits et notamment de la décision du 15 février 1890 (19). Le sieur Vincent avait intenté une action en dommages-intérêts contre le sous-préfet et contre deux agents de police pour le préjudice qui lui avait été causé par la lacération d'affiches apposées sur les murs de la ville de Reims pour recommander la candidature du général Boulanger aux élections du conseil général. Ces affiches contenaient des injures et des outrages à l'adresse de divers membres du gouverne-

(18) Barthélemy, *op. cit.*, p. 537 et suiv.

(19) Trib. confl., 15 février 1890, *Rec.*, p. 183; *Rev. du droit public*, 1909, p. 271, avec la note de M. Jèze.

ment et l'Administration soutenait que l'acte incriminé ne constituait pas une faute personnelle du sous-préfet et des agents poursuivis, parce que, dans l'espèce, le sous-préfet avait agi sur l'ordre formel du ministre et les agents de police sur l'ordre du sous-préfet : il s'agissait en réalité d'un véritable acte de gouvernement. Cette argumentation n'a pas été admise par le Tribunal des conflits qui a reconnu la responsabilité personnelle du sous-préfet et des agents de police avec les motifs suivants : « Considérant que l'article 17 de la loi du 29 juillet 1881 ne se borne pas à réprimer la lacération d'affiches électorales commise par les particuliers, mais prévoit spécialement le cas où des fonctionnaires se seraient rendus coupables du même fait et les punit d'une peine plus grave; considérant que l'acte ainsi interdit aux fonctionnaires par une prohibition formelle de la loi pénale ne saurait, alors même qu'il aurait été accompli sur les ordres du ministre de l'Intérieur, revêtir le caractère d'un acte administratif ni d'un acte de gouvernement. »

Ainsi l'ordre hiérarchique n'enlève pas le caractère personnel à une faute si elle tombe sous le coup de la loi pénale, si surtout la loi pénale prévoit spécialement le délit de la part des fonctionnaires.

Mais si le fait dommageable ne constitue pas une infraction pénale, l'ordre hiérarchique peut supprimer la responsabilité personnelle du fonctionnaire qui a obéi, lorsque ce dernier, en se conformant à l'ordre reçu et en agissant comme il l'a fait, n'a eu pour but que d'obéir à la loi du service public. Dans ce cas, il peut y avoir une faute administrative ou même une faute personnelle du fonctionnaire qui a donné l'ordre, mais les tribunaux judiciaires sont incompétents pour apprécier les ordres donnés.

Cette règle avait déjà été admise naturellement par le gouvernement statuant en Conseil d'Etat sous le régime de la

garantie administrative de l'art. 75 de la Constitution de l'an viii. Il refusait systématiquement d'autoriser les poursuites contre les fonctionnaires obéissants. Les décisions du Conseil d'Etat sur ce point sont multiples (20). Une des plus typiques est la suivante (21). Le duc d'Aumale et son éditeur demandaient à poursuivre le préfet de police à raison de la saisie illégale de l'*Histoire des Princes de Condé*; l'autorisation leur fut refusée : « Considérant que le sieur Boitelle (le préfet de police) a agi en vertu des ordres de notre ministre secrétaire d'Etat de l'Intérieur, son supérieur hiérarchique ».

Dans le système de l'article 75, l'approbation *a posteriori* de l'acte du fonctionnaire équivalait même à l'ordre et exemptait le fonctionnaire de toute responsabilité. « Considérant qu'il résulte de la lettre de notre directeur général de l'administration départementale que l'arrêté pris par le maire en matière de voirie et qui prescrit la démolition dont se plaint le réclamant a reçu, dans le temps, l'approbation du préfet et celle du ministre de l'Intérieur (22) ».

Sans doute, depuis l'abrogation de l'article 75, la jurisprudence n'est plus aussi formelle sur l'irresponsabilité de l'agent qui a obéi à son supérieur hiérarchique. Mais, si elle ne supprime pas la responsabilité personnelle de l'agent inférieur, elle admet que l'ordre hiérarchique peut transformer en fait de service une faute qui, sans cet ordre, aurait le caractère de faute personnelle. C'est du moins la règle générale que l'on peut dégager non seulement de la jurisprudence des tribunaux judiciaires, mais encore de celle du Tribunal des conflits et du Conseil d'Etat.

(20) Voir les décisions rapportées par M. Barthélemy dans son étude précitée, p. 534, note 1.

(21) Cons. d'Etat, 31 mars 1866, *Rec.*, p. 1373.

(22) Cons. d'Etat, 22 février 1821. (Josse), *Rec.*, p. 233.

Les tribunaux judiciaires se refusent en principe à admettre la responsabilité personnelle du fonctionnaire qui a commis un acte dommageable sur les ordres de son supérieur hiérarchique. Ils se montrent respectueux à l'excès du principe de la séparation des autorités et basent le plus souvent leurs décisions de refus sur cette remarque que, pour apprécier la responsabilité du subordonné, il faudrait qu'ils appréciaient en même temps la conformité de sa conduite avec l'ordre hiérarchique, ce qui dépasserait leur compétence. Cette considération est mise en évidence dans un arrêt de la Cour de Toulouse du 21 juillet 1909 (23) : « Apprécier de tels actes, qui sont dictés à l'agent par les instructions qu'il reçoit, serait remonter à l'autorité qui les donne et commettre cette ingérence dans les actes de l'administration que le principe de la séparation des pouvoirs, posé dans la loi des 16-24 août 1790, défend aux juges de commettre en troublant de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs. »

Les mesures de publicité que les maires sont tenus de faire pour la rectification des listes électorales ont donné lieu à plusieurs décisions qui, en fait, écartent la responsabilité personnelle de ces agents décentralisés lorsqu'ils se sont bornés à agir en conformité des instructions de l'Administration supérieure (24).

Les tribunaux judiciaires sont même allés plus loin. Ils ont admis dans l'affaire des époux Delpech-Salgues (25) que la responsabilité personnelle du maire était couverte par l'approbation tacite du préfet et la Cour de cassation a confirmé la thèse de la Cour d'Agen qui s'exprime ainsi :

(23) Toulouse, 21 juillet 1909, S., 41. 2. 282.

(24) Cass., 20 déc. 1906 (Lasserre), confirmant Pau, 4 nov. 1905 S., 07. 1. 157; Paris, 7 août 1901, sous Cass., 10 mars 1903, S., 03. 1. 433.

(25) Cass., 22 janvier 1907, S., 40. 1. 243.

« Attendu que le maire de Leyme ne s'est rendu coupable ni d'une faute lourde assimilable au dol, ni d'une rébellion, ni de tout autre fait délictueux, puisque ses actes ont été approuvés, ou tout au moins couverts, par M. le préfet du Lot qui, loin de suspendre le maire de ses fonctions, a refusé sa démission et n'a pas fait procéder d'office à l'installation des époux Delpech, comme la loi l'y autorisait...; que le caractère purement administratif de l'acte incriminé ressort donc d'une manière évidente de l'attitude même de l'autorité préfectorale et que, dans ces conditions, l'acte du maire de Leyme constituait un fait de sa fonction. » La Cour de cassation a, de même, écarté l'action en responsabilité dirigée contre le conseiller municipal auquel le maire avait confié les clefs de l'école et qui, sur l'ordre du maire, avait refusé de les remettre aux instituteurs : « Attendu, en ce qui concerne le sieur Grimal, que si ce dernier était détenteur des clefs de l'école et s'il a refusé de les livrer aux demandeurs, il n'a agi que par l'ordre du maire qui les lui avait remises. »

La jurisprudence du Conseil d'Etat est conforme à celle des tribunaux judiciaires et la haute juridiction a indirectement, dans plusieurs décisions, posé le principe de l'irresponsabilité des fonctionnaires obéissant aux ordres de leurs supérieurs hiérarchiques. C'est ce qui résulte de l'arrêt du Conseil d'Etat dans l'affaire précédente (26). Cet arrêt fait remarquer que le préfet ne s'est pas servi de son droit d'user de l'article 85 de la loi municipale du 5 avril 1884 et qu'en agissant ainsi, il semble avoir couvert la responsabilité personnelle du maire.

La solution du Conseil d'Etat est la conséquence de cet

(26) Cons. d'Etat, 20 janvier 1911, S., 41. 3. 17, avec la note de M. Hauriou.

autre principe par lui admis que les fonctionnaires subordonnés ne peuvent se refuser d'accomplir l'acte qui leur est ordonné en se fondant sur son illégalité : s'ils ne peuvent se refuser de l'accomplir, comment pourrait-on les considérer comme responsables de l'avoir accompli? Ce principe d'obéissance aux ordres reçus a nettement été affirmé par le Conseil d'Etat en ce qui regarde le maire agissant sur les ordres du préfet comme agent du pouvoir central. « Considérant qu'il résulte de l'instruction que le préfet de Seine-et-Marne a mis en demeure le maire de la commune de Boutevilliers de publier le rôle supplémentaire des patentes », le Conseil d'Etat décide « qu'il n'appartenait pas au maire d'apprécier la régularité des actes qu'il était chargé de publier et que c'est à tort qu'il a refusé de procéder à ces publications (27) ».

Le Tribunal des conflits enfin, dont les décisions ont joué un rôle si important dans l'élaboration de toute la doctrine sur la responsabilité personnelle des fonctionnaires, a reconnu que l'ordre hiérarchique pouvait exercer une influence sur la responsabilité du fonctionnaire subordonné et imprimer à l'acte dommageable le caractère d'un fait de service. Cette thèse a d'abord été admise par quelques-uns de ses commissaires du gouvernement. M. Tardieu, dans ses conclusions sous la célèbre affaire Morizot (28), s'exprime ainsi : « Si cependant un père de famille entendait protester contre les tendances générales de l'Etat, contre les programmes, les méthodes, les livres admis dans les classes, s'il prétendait soutenir que cet enseignement viole la neutralité scolaire promise par la loi du 28 mars 1882, et s'il ne pouvait reprocher à l'instituteur que d'exécuter trop ponctuellement les programmes réglementaires, ce n'est pas

(27) Cons. d'Etat, 13 mars 1909, (Com^{te} de Boutevilliers), *Rec.*, p. 238.

(28) Cons. d'Etat, 2 juin 1908, S., 08. 3. 81.

à l'instituteur qu'il devrait s'en prendre, mais à l'Etat. Car, en admettant qu'une faute ait été commise, cette faute serait le fait de l'Etat qui a promis une école neutre. »

La responsabilité de l'instituteur ne serait donc pas engagée s'il n'avait fait que se conformer aux instructions de ses supérieurs hiérarchiques, alors même que son enseignement constituerait une atteinte à la neutralité scolaire.

En maintes circonstances, le Tribunal des conflits a confirmé la théorie de ses commissaires du gouvernement. L'arrêt de principe Pelletier pose lui-même la question de l'obéissance hiérarchique : « Considérant que l'interdiction et la saisie du journal ordonnées par le général de Ladmirault constituent une mesure préventive de haute police administrative prise par le général agissant comme représentant de la puissance publique... et dont la responsabilité remonte au gouvernement qui lui a délégué ses pouvoirs (29). »

Voici un cas où l'irresponsabilité du fonctionnaire, à raison de l'obéissance à l'ordre hiérarchique, est nettement consacrée par le Tribunal des conflits (Décision du 25 mars 1891) (30). Il s'agissait d'un receveur des postes qui, sur l'injonction donnée par le préfet agissant sur les ordres du ministre, lui avait remis des lettres et des paquets confiés par des particuliers au service postal. Les particuliers intéressés ayant intenté une action en responsabilité devant les tribunaux judiciaires, le conflit fut élevé. Le Tribunal des conflits annula l'arrêté de conflit en ce qui concerne le préfet et le maintint en ce qui concerne le receveur des postes, ce qui suppose que la question de responsabilité de l'agent des postes ne pouvait pas se poser parce qu'il n'avait fait que déférer aux injonctions de l'autorité surveillante.

(29) Trib. confl., 30 juillet 1873 S., 74. 2. 28.

(30) Trib. confl., 25 mars 1891 (Usannaz-Joris), S., 91. 3. 32. V., sur cet arrêt, Duguít, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 627.

L'article 700 du règlement sur le service des postes impose en effet aux agents des postes un devoir général d'obéissance aux autorités chargées de surveiller le fonctionnement du service.

Le Tribunal des conflits reconnaît même parfois la responsabilité personnelle du fonctionnaire qui a donné l'ordre, tout en proclamant l'irresponsabilité de l'agent inférieur qui n'a fait qu'exécuter cet ordre. C'est la solution qui est contenue dans la décision déjà citée du 22 avril 1910 (31). Le maire est responsable d'avoir ordonné de sonner les cloches pour un enterrement civil, mais le sonneur municipal qui n'a fait qu'exécuter les sonneries sur l'ordre du maire n'est pas responsable. « Considérant que le sieur X..., en sonnant les cloches, n'a fait qu'exécuter en qualité d'agent communal les ordres qui lui avaient été donnés par le maire, et qu'il n'est relevé contre lui aucune faute personnelle se détachant de sa fonction. »

Le Tribunal des conflits, pour refuser aux tribunaux judiciaires le pouvoir de reconnaître une faute personnelle dans l'acte du fonctionnaire qui a agi en vertu d'un ordre hiérarchique, part de cette idée, déjà rencontrée, que l'autorité administrative est seule compétente pour apprécier la conduite de l'agent subordonné. C'est ce qui résulte d'une décision du 22 janvier 1921 (32). Il s'agissait d'un particulier qui avait actionné le directeur d'une poudrerie nationale comme civilement responsable de l'accident d'automobile à lui causé par le chauffeur de ce directeur qui avait pris la voiture pour son usage personnel. Le Tribunal de Lyon avait admis le demandeur à prouver que le chauffeur, au moment de la collision, n'était pas en service commandé. L'ar-

(31) Trib. confl., 22 avril 1910 (Abbé Piment), S., 10. 3. 129, avec la note de M. Hauriou.

(32) Trib. confl., 22 janvier 1921 (Lambert), *La Loi*, 18 mars 1921.

rêté de conflit a cependant été maintenu avec le motif suivant : « qu'il n'appartient qu'à l'autorité administrative de déterminer en quelle qualité les agents ou employés de l'Etat ont agi, de vérifier, comme aussi d'apprécier, les instructions qui ont pu leur être données, de rechercher jusqu'à quel point ils s'en seraient écartés ».

Toutes les décisions précédentes ne sont que des solutions d'espèces et il ne faudrait pas poser en règle absolue que l'ordre hiérarchique supprime complètement la responsabilité personnelle de l'agent qui a obéi. Il sera toujours nécessaire de rechercher si, en accomplissant un acte domageable, le fonctionnaire n'a eu en vue que d'obéir aux instructions reçues et de se conformer par là même à la loi du service public qui implique l'obéissance préalable; dans ce cas, mais dans ce cas seulement, il ne peut être personnellement responsable.

Mais s'il est établi qu'en exécutant l'ordre de son supérieur, le fonctionnaire subordonné a agi dans un but non conforme à l'esprit de sa fonction ou a outrepassé les instructions reçues, aucune hésitation n'est possible : il doit être déclaré responsable comme s'il avait agi de sa propre initiative.

C'est la solution qui a été donnée dans les deux espèces suivantes. Le Tribunal des conflits (33) a vu à juste titre une faute personnelle dans le fait du directeur d'une maison centrale qui, sous prétexte de mettre à exécution l'arrêté de révocation dont un commis aux écritures avait été l'objet de la part du ministre et de se soumettre aux instructions de l'autorité supérieure, avait donné l'ordre de jeter dehors les meubles du commis révoqué, qui occupait un logement dans la maison centrale et avait exposé ces meubles à une pluie battante qui les avait détériorés. La faute personnelle

(33) Trib. confl., 1^{er} juin 1889 (Cauvet), *Rec.*, p. 692.

était ici évidente. Le directeur, pour procéder à l'expulsion, aurait dû suivre les procédures légales. En agissant comme il l'avait fait, il avait commis un acte absolument distinct de l'acte fonctionnel dont il était chargé, et cet acte était de nature à entraîner sa responsabilité personnelle.

De même dans la décision du 11 juillet 1891 (34), le Tribunal des conflits a jugé que l'ordre du supérieur n'avait pas un caractère assez impératif pour enlever le caractère personnel au fait dommageable accompli par un fonctionnaire (dans l'espèce, un caïd) qui non seulement avait pris sur lui de faire expulser les occupants d'une terre qui en avaient été reconnus propriétaires, mais encore avait fait détruire et dévaster leur habitation et emporter leurs récoltes. Ici encore la faute personnelle se détachait nettement de l'acte administratif. L'agent qui, chargé d'une expulsion, ajoute à l'expulsion de la personne la destruction de la propriété commet une faute personnelle entraînant sa responsabilité.

Ainsi donc, dans chaque affaire, les tribunaux devront apprécier, d'après le critérium déjà proposé et en tenant compte des circonstances de la cause, si l'ordre du supérieur hiérarchique a pu enlever à la faute de l'agent subordonné son caractère personnel. Cet agent a-t-il eu l'intention, en obéissant, de gérer son service public? Il ne sera point responsable. Mais, tout en se conformant à l'ordre de son supérieur hiérarchique, s'est-il écarté de ce qui aurait dû être sa conduite administrative ordinaire? Sa responsabilité se trouvera engagée. Nous revenons ainsi à notre critérium général.

(34) Trib. confl., 11 juillet 1891 (Mohammed ben Belkassen), S., 93. 3. 63, avec la note de M. Hauriou.

CHAPITRE VI

Du cumul de la responsabilité de l'Administration avec la responsabilité personnelle des fonctionnaires (1).

Nous avons montré que les questions de responsabilité, en matière de droit public, sont dominées par la distinction capitale de la faute de service et de la faute personnelle. Au cas où le préjudice causé par le fonctionnaire public est la conséquence d'une faute de service, l'agent n'est pas personnellement responsable; seule, la responsabilité de l'Administration peut se trouver engagée. Au cas où le préjudice résulte d'une faute personnelle de l'agent, le patrimoine administratif n'est pas responsable, c'est la responsabilité seule du fonctionnaire qui peut être mise en jeu. La responsabilité personnelle de l'agent et la responsabilité de l'Administration se trouvent donc réciproquement limitées

(1) Cons. sur cette question : L. Duguit, *Les transformations du droit public*, 1^{re} éd., p. 277; *Traité de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., t. I, p. 548 et suiv.; G. Jèze, notes dans la *Revue du droit public*, 1910, p. 72; 1914, p. 369; 1916, p. 378; 1919, p. 41; M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10^{me} éd., p. 379; note sous Cons. d'Etat, 3 fév. 1911 (Anguet), S., 41. 3. 137; note sous Cons. d'Etat, 26 juillet 1918 (Epoux Lemonnier), S., 48-49. 3. 41; J. Appleton, note sur plusieurs arrêts du Cons. d'Etat, D., 20. 3. 1; A. Fliniaux, *Le cumul de la responsabilité de l'agent et de la responsabilité de la personne morale administrative*, *Revue du droit public*, 1924, p. 333 et suiv.; Corneille, Conclusions sous Cons. d'Etat, 23 juin 1916 (Thévenet), *Revue du droit public*, 1916, p. 378; Blum, Conclusions sous Cons. d'Etat, 26 juillet 1918, S., 48-49. 3. 42.

l'une par l'autre et, de même que la première est évidemment exclusive de la seconde, la seconde est exclusive de la première; si l'Administration est responsable, le fonctionnaire ne l'est pas et, inversement, si le fonctionnaire est responsable, l'Administration ne l'est pas.

Il en résulte que la responsabilité du patrimoine administratif ne se cumule pas avec celle de l'agent et que le particulier victime du dommage n'a pas le choix de diriger son action en responsabilité contre l'un ou l'autre des deux.

I. — LA RÈGLE DU NON-CUMUL DE DEUX RESPONSABILITÉS ET SA JUSTIFICATION JURIDIQUE.

La solution précédente est du moins la solution traditionnelle et c'est celle qui, jusqu'à ces dernières années, a été consacrée d'une façon absolue par la jurisprudence et par la doctrine.

Lorsque le Tribunal des conflits relevait une faute personnelle à la charge de l'agent administratif, il confirmait la compétence judiciaire et déniait, par là même, la compétence administrative et, par suite, la responsabilité de la personne publique. De son côté, le Conseil d'Etat, saisi d'une action en responsabilité contre l'Administration, lorsqu'il estimait que le dommage résultait d'une faute personnelle de l'agent, se déclarait incompétent et renvoyait le particulier lésé à se pourvoir devant l'autorité judiciaire.

De même, les auteurs étaient quasi unanimes à admettre la règle du non-cumul des deux responsabilités. M. Laferrière écrit : « Dans ce dernier cas (fait personnel) l'agent est personnellement responsable devant les tribunaux judiciaires et il est de principe que l'Etat ne répond pas pour lui » (2).

(2) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2^{me} éd., t. II, p. 489.

Dans les premières éditions de son *Précis de droit administratif*, M. Hauriou arrive aux mêmes conclusions : « L'Administration n'est pas responsable des faits personnels de ses agents, c'est-à-dire des fautes qui dépassent en gravité la faute de service » (3).

M. Moreau affirme énergiquement la même règle : « En pareil cas (faute personnelle), il est naturel et juste que la question de responsabilité se pose à l'égard de l'agent et non à l'égard de l'Etat. Il suit de là que la responsabilité ne saurait incomber à la fois à la personne administrative et à son agent » (4).

Quant à M. Duguit, il ne se borne pas à poser la règle (5) du non-cumul, il en donne en même temps la justification juridique : « La responsabilité personnelle du fonctionnaire n'étant engagée que lorsqu'il y a un fait qui se produit à l'occasion du service, mais qui est étranger au service, l'Etat n'est pas, ne peut pas être responsable. C'est, en effet, la solution qui est donnée d'une manière constante par la jurisprudence. Nous avons entendu parfois des juristes s'en étonner et prétendre que, si l'Etat est responsable du fait de service, il devrait être, à plus forte raison, responsable du fait personnel. En raisonnant ainsi ces juristes sont dominés par les conceptions civilistes. Il oublient que l'Etat n'est pas une personne responsable du fait de ses préposés; ils oublient que ce qu'on appelle la responsabilité de l'Etat, c'est tout simplement l'assurance mise à sa charge du risque résultant, pour les administrés, de l'exécution des services. Or, ce risque ne peut pas être supporté par le patrimoine public quand, à vrai dire, le service n'a pas fonctionné,

(3) M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 6^{me} éd., p. 486.

(4) Moreau, *Manuel de droit administratif*, 1909, p. 639 et 640, n^o 451.

(5) L. Duguit, *Les transformations de droit public*, 1^{re} éd., p. 277.

quand l'acte imputable au fonctionnaire n'est pas vraiment un acte de service ».

On voit par ce raisonnement que la règle du non-cumul est conforme à la nature juridique de la responsabilité des patrimoines administratifs. Cette responsabilité, en effet, n'est pas une responsabilité pour faute, mais une responsabilité objective. Pour admettre le cumul des deux responsabilités, il faudrait admettre la théorie qui organise la responsabilité administrative sur des bases civilistes; il faudrait admettre aussi que les fonctionnaires sont à l'égard de l'Administration dans une situation juridique subjective, identique à celle d'un mandataire ou d'un employé à l'égard de son mandant ou de son employeur. Il n'y aurait alors qu'à appliquer l'article 1384 du Code civil qui organise la double responsabilité de l'auteur de la faute et du commettant. Au cas de faute personnelle du fonctionnaire, l'Etat serait solidairement responsable avec lui, comme un préposant l'est de toutes les fautes de son préposé.

Mais la vérité n'est pas là. La responsabilité qui peut incomber à l'Administration pour le fonctionnement des services publics n'est pas réglée par les articles 1382 et suivants du Code civil. Elle n'est qu'une assurance au profit des particuliers contre le risque résultant pour eux du mauvais fonctionnement du service public organisé et fonctionnant dans l'intérêt de la collectivité. Si l'Etat est responsable, c'est parce que le service public a mal fonctionné et il ne l'est que dans la mesure où le service a mal fonctionné. Or, lorsqu'il y a faute personnelle du fonctionnaire, on ne peut pas dire que le service public ait fonctionné, car la faute personnelle suppose un acte matériellement distinct de l'acte fonctionnel ou étranger par

son objet, par son but ou par sa procédure à toute idée de service public (6).

Logiquement il ne peut donc y avoir, suivant la nature de la faute commise par le fonctionnaire, ou que responsabilité de l'Etat, ou que responsabilité personnelle de l'agent coupable; mais les deux responsabilités ne peuvent se cumuler, puisqu'elles reposent sur des principes essentiellement différents.

Si, jusqu'à maintenant, la règle du non-cumul a presque été considérée comme un axiome juridique, elle a fait l'objet depuis quelques années de critiques de plus en plus vives (7) et il semble bien que les décisions les plus récentes des tribunaux s'en soient inspirées pour apporter quelques atténuations à la règle traditionnelle.

On a d'abord reproché à la solution traditionnelle de n'être pas en conformité absolue avec l'idée d'équité qui est à la base de la théorie de la responsabilité de l'Administration (8). Il y a lieu, dit-on, de tenir compte de la solvabilité ou de l'insolvabilité du débiteur en cas de condamnation pour faute personnelle. Si la victime n'a de recours que contre l'agent auteur du dommage, il arrivera très souvent, en fait, surtout si le dommage est considérable, que la victime restera sans indemnisation à raison de l'insolvabilité de l'agent.

Cet argument peut paraître impressionnant. Sans doute, il y a un intérêt d'ordre général à ce que la victime d'un dommage soit indemnisée plus ou moins sûrement; mais,

(6) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., t. I, p. 548.

(7) Ces critiques contre la règle traditionnelle du non-cumul ont surtout été formulées par M. Jèze, dans ses notes précitées de la *Revue du droit public*.

(8) G. Jèze, note sous Trib. confl., 2 mai 1914, *Rev. du droit publ.*, 1914, p. 575.

d'un autre côté, il serait dangereux d'inciter les particuliers à poursuivre l'Administration, toujours solvable, plutôt que les fonctionnaires, car l'éventualité de la responsabilité personnelle est encore le meilleur moyen d'empêcher les fautes ou les négligences du fonctionnaire, de lui inspirer le sentiment de ses devoirs « et de l'avertir qu'il y a un certain point où il perd le caractère impersonnel de rouage d'un grand service public, où il est un homme avec ses devoirs et sa responsabilité et où il se trouve comme tel, d'homme à homme, en face des administrés, envers lesquels il pourra être déclaré personnellement responsable » (9). D'autre part, il vaudra peut-être mieux, pour le particulier lésé, obtenir une condamnation contre le fonctionnaire que contre l'Etat : il pourra procéder par voie d'exécution forcée contre le fonctionnaire, il ne le pourra pas contre l'Etat.

On objecte encore que la règle du non-cumul est difficilement admissible dans une législation qui, comme la nôtre, admet la distinction entre la faute personnelle et la faute de service. M. Jèze écrit à ce sujet : « Il n'est pas douteux que la distinction entre la faute de service et la faute lourde des agents est une théorie subtile qui a été imaginée uniquement pour régler une question de procédure, celle de savoir devant quel tribunal, judiciaire ou administratif, l'action devait être portée » (10). Et il ajoute : « C'est une pure subtilité d'affirmer que l'agent qui, dans l'exercice de ses fonctions, commet une faute d'une certaine nature n'est plus dans l'exercice de ses fonctions et qu'il est pratiquement possible de distinguer, lorsqu'un agent public exerce sa fonction, le moment précis où il fait du

(9) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., t. 1., p. 549.

(10) G. Jèze, note sous Cons. d'Etat, 12 janv. 1909, *Rev. du droit publ.*, 1910, p. 77.

service et le moment précis où il n'en fait plus » (11). La seule solution pratique et équitable c'est de laisser fonctionner le service public, même s'il existe une faute personnelle, et de réclamer ensuite : il faut alors que la réclamation soit largement admise non seulement contre l'agent insolvable, mais contre l'Etat.

M. Jèze commet certainement ici quelques exagérations et de manifestes confusions. D'abord, ce n'est pas pour résoudre une question de compétence qu'a été imaginée la distinction entre la faute de service et la faute personnelle. Elle a été faite pour déterminer les cas de responsabilité personnelle des fonctionnaires et les cas de responsabilité des patrimoines administratifs. D'un autre côté, ce n'est pas la distinction entre la faute de service et la faute lourde des agents qui a été élaborée par la jurisprudence et par la doctrine, mais la distinction entre la faute de service et la faute personnelle; et s'il existe certaines difficultés pour déterminer le critérium qui les sépare l'une de l'autre, nous avons vu cependant qu'on pouvait arriver à dire avec précision dans quelles hypothèses la faute du fonctionnaire est de telle nature qu'elle fait cesser la responsabilité de l'Etat et entraîne la responsabilité personnelle du fonctionnaire.

M. Jèze se défend enfin, en proposant d'admettre le cumul des deux responsabilités, de faire revivre la vieille théorie de l'Etat-personne et de reconnaître la responsabilité subjective de l'Administration (12). Il n'existe pas, pour lui, d'incompatibilité entre la théorie du risque et la responsabilité de l'Administration au cas de faute personnelle

(11) G. Jèze, note sous Trib. des confl., 2 mai 1914, *Rev. du droit publ.*, 1914, p. 579.

(12) G. Jèze, note précitée, p. 582.

de l'agent public. En réalité, qu'il s'agisse d'une faute personnelle ou d'une faute de service, le dommage causé résulte toujours du fonctionnement irrégulier du service public. La faute personnelle n'est le plus souvent rendue possible que par la mauvaise organisation du service incriminé. Il suffit alors d'étendre la théorie du risque et de faire assurer aux patrimoines administratifs le risque de toutes les fautes commises dans les services publics. M. Jèze conclut : « La responsabilité des patrimoines administratifs à raison des fautes personnelles commises dans le service par les agents publics, cadre admirablement avec l'idée moderne que le professeur Duguit a si puissamment contribué à mettre en plein relief : l'Etat, groupement de services publics; les patrimoines administratifs assurant le risque du mauvais fonctionnement des services publics, non pas dans tel ou tel cas, mais dans tous les cas où le service public a mal fonctionné » (13).

Cette dernière opinion de M. Jèze, prise dans son sens le plus général, n'est certainement pas exacte. Il ne faut pas étendre outre mesure la notion du risque. Il ne suffit pas qu'un acte dommageable ait été commis par un fonctionnaire à l'occasion de l'exercice de ses fonctions pour que la responsabilité de l'Etat se trouve engagée; il faut encore que le préjudice ait véritablement pour cause le mauvais fonctionnement du service public (14).

Mais, si un seul et même acte du fonctionnaire ne peut contenir à la fois un élément de faute personnelle et un élément de faute de service, n'est-il pas possible de rencontrer certaines hypothèses complexes dans lesquelles peuvent apparaître en même temps une faute personnelle

(13) G. Jèze, note précitée, p. 582-583.

(14) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 549.

de l'agent et une faute administrative (15)? Il semble bien que cela soit possible et la jurisprudence admet maintenant qu'à côté d'une faute personnelle que l'autorité judiciaire peut considérer comme engageant la responsabilité de l'agent, est susceptible d'exister une faute de fonction que l'autorité administrative peut considérer comme engageant la responsabilité de l'Administration.

A vrai dire, il ne s'agit plus là d'un cumul, mais plutôt d'une coexistence des deux responsabilités et nous aurons à rechercher dans quelles conditions cette coexistence pourra se produire et quelles en seront les conséquences au point de vue de la réparation du préjudice causé. Mais il est nécessaire, auparavant, d'étudier comment la jurisprudence a été amenée à cette nouvelle solution.

II. — EVOLUTION JURISPRUDENTIELLE EN MATIÈRE DE CUMUL DES DEUX RESPONSABILITÉS.

On s'accorde généralement à reconnaître que l'arrêt du Conseil d'Etat du 12 février 1909 (16) est le point de départ de la jurisprudence d'après laquelle la responsabilité de l'Administration se cumulerait avec celle du fonctionnaire au cas de faute personnelle de celui-ci. Dans cette affaire, une compagnie concessionnaire de l'Etat, la Compagnie Commerciale de Colonisation du Congo français, demandait des dommages-intérêts à l'Etat, à raison de certains agissements imputables aux agents coloniaux qui l'avaient privée de la main-d'œuvre indigène et avaient entravé ses opérations par des actes arbitraires d'une nature parti-

(15) M. Hauriou, *Précis de droit admin.*, 10^{me} éd., p. 379.

(16) Cons. d'Etat, 12 février 1909, (C^{ie} commerciale de colonisation du Congo français), *Rec.*, p. 153.; D., 40 3. 414, *Revue du droit public*, 1910, p. 72, avec la note de M. Jèze.

culièrement grave. Le ministre des Colonies objectait : « Qu'en tenant pour établis les faits allégués par la compagnie, ces faits constituaient des fautes personnelles des fonctionnaires et n'étaient pas de nature à engager la responsabilité de l'Etat ».

Le Conseil d'Etat n'a pas admis cette fin de non-recevoir et après avoir constaté que le ministre ne déniait pas la matérialité des faits, il ajoute : « En admettant même que ces actes aient constitué des fautes personnelles, ils n'en ont pas moins été accomplis par un agent de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions. S'il était établi qu'ils ont entravé l'exécution du contrat intervenu entre l'Etat et la compagnie requérante et qu'ils ont été la cause directe d'un réel préjudice pour la compagnie, ils pourraient être de nature à engager la responsabilité de l'Etat. »

M. Duguit fait justement observer qu'il ne faut pas donner à cet arrêt une portée qu'il n'a pas (17). Il ne s'agissait pas dans l'espèce d'une responsabilité de l'Etat engagée à propos du mauvais fonctionnement d'un service public et à raison des fautes personnelles des fonctionnaires qui en étaient chargés; il s'agissait uniquement d'une question de responsabilité contractuelle. L'Etat était juridiquement lié à la Compagnie par un contrat et celle-ci se plaignait d'actes qui auraient entravé l'exécution de ce contrat. Il est logique que la responsabilité contractuelle de l'Etat subsiste, quelle que soit la raison de l'inexécution du contrat, même si cette inexécution est la conséquence d'une faute personnelle des agents.

Il n'est donc pas permis de conclure de cet arrêt que le Conseil d'Etat a consacré dès cette date le principe que la responsabilité de l'Administration pour faute de service peut

(17) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 530.

se trouver engagée en même temps que la responsabilité personnelle des agents.

C'est la même conclusion qu'il faut tirer d'un autre arrêt du Conseil d'Etat intervenu également en matière de responsabilité contractuelle (18). Il s'agissait ici d'une action en responsabilité intentée contre certaines communes par un entrepreneur des travaux d'entretien des chemins vicinaux de grande communication. Celui-ci se plaignait que la mise en régie et la résiliation du marché eussent été prononcées contre lui à la suite des procédés abusifs et des rapports inexacts des agents du service vicinal. Le Conseil d'Etat a décidé que les communes intéressées à l'entretien du chemin de grande communication étaient responsables des agissements des agents du service vicinal qui avaient entravé l'exécution du marché, alors même que ces agissements auraient eu le caractère de faute personnelle.

Ce n'est vraiment qu'avec l'arrêt du 3 février 1911 (19) qu'on voit le Conseil d'Etat mettre en doute l'irresponsabilité de l'Etat au cas de dommage causé à un particulier par la faute personnelle d'un fonctionnaire et admettre la coexistence possible, dans une même série de faits, d'une faute personnelle des agents et d'une faute de service de l'Administration.

L'espèce est assez curieuse. Un particulier qui était entré vers huit heures et demie du soir dans un bureau de poste pour y encaisser un mandat, avait trouvé fermée, lorsqu'il voulut sortir, la porte affectée au passage public, bien que l'heure réglementaire de la fermeture du bureau ne fût pas encore arrivée. Ayant alors pénétré, sur l'invitation d'un

(18) Cons. d'Etat, 25 juin 1909 (Carretier), *Rec.*, p. 616, D., 49. 5. 56.

(19) Cons. d'Etat, 3 février 1911 (Anguet), D., 43. 3. 26, S., 41. 3. 137, avec une note de M. Hauriou.

employé, dans la partie du bureau réservée au personnel pour gagner une autre issue, il fut repoussé par deux employés occupés au maniement des valeurs postales, si brutalement et avec tant de violence qu'il fut renversé et se cassa la jambe en tombant. Les deux employés furent, à raison de ces faits, poursuivis et condamnés par le tribunal correctionnel pour blessures par imprudence. La faute personnelle était donc évidente. La victime, estimant cependant que le dommage par elle éprouvé avait pour cause le mauvais fonctionnement du service, résultant soit de la fermeture prématurée de la porte affectée au public, soit de la mauvaise disposition de celle réservée aux employés, porta devant le Conseil d'Etat une action en dommages-intérêts dirigée contre l'Administration. Malgré les observations du ministre, la haute juridiction a reconnu que, malgré la faute personnelle des agents, la responsabilité de l'Administration n'en était pas moins engagée. « L'accident dont le requérant a été victime, par suite de la brutale expulsion du bureau, doit être attribué, dit l'arrêt, quelle que soit la responsabilité personnelle encourue par les agents auteurs de l'expulsion, au mauvais fonctionnement du service public. »

L'arrêt précédent peut être considéré comme le premier en date qui admet la coexistence possible de la responsabilité de l'Administration pour faute de service et de la responsabilité du fonctionnaire pour faute personnelle. Si cependant l'Administration est responsable dans cette hypothèse, il est facile de voir, en s'en tenant au raisonnement même du Conseil d'Etat, que ce n'est pas à raison de la faute personnelle de ses agents, mais à raison de la faute de service résultant de la fermeture prématurée de la porte au public et de toutes les conséquences matérielles et dommageables de cette fermeture. Sans doute l'accident causé à

la victime l'a été par la brutalité des agents, mais il n'a été rendu possible que parce que le service public lui-même était en faute. Si les deux responsabilités coexistent, c'est parce que se révèlent côte à côte une faute personnelle et une faute de service : ce ne sont pas deux responsabilités pour un seul et même fait. Le Conseil d'Etat en a fait très nettement la séparation (20).

On peut encore citer dans le même ordre d'idées l'arrêt Babouet du 16 juillet 1914 (21). Il s'agissait là d'un accident survenu au cours de travaux de pose de fils téléphoniques, c'est-à-dire au cours de l'exécution d'un travail public. Un fil téléphonique posé par des agents de l'Etat s'était rompu et était tombé, par suite d'une maladresse imputable au contremaître, sur un trolley de tramway, dont il avait emprunté le courant et était venu frapper un sieur Babouet qui fut blessé, et sa femme qui fut électrocutée. Le contremaître qui dirigeait l'équipe fut poursuivi et condamné par la Chambre des appels correctionnels de Bordeaux, qui alloua en même temps aux victimes ou à leurs ayants droit des dommages-intérêts. L'autorité judiciaire avait ainsi admis le principe de la faute personnelle du contremaître. Le Conseil de préfecture avait cru devoir dès lors rejeter l'action en responsabilité dirigée contre l'Etat. Le Conseil d'Etat a annulé cette décision, estimant que la responsabilité de l'agent n'excluait pas celle du service : « Considérant, dit-il, que cet accident est la conséquence des travaux de l'Etat et que la circonstance que le contremaître Lajugie avait été condamné personnellement pour imprudence dans la direction de ces travaux par l'autorité judiciaire à des

(20) V. la note précitée de M. Hauriou.

(21) Cons. d'Etat, 16 juillet 1914, *Rec.*, p. 882.-D., 20. 3. 4, avec une note de M. Appleton.

dommages-intérêts envers le sieur Babouet ne saurait avoir pour effet de priver ce dernier du droit de poursuivre directement contre l'Etat la réparation du préjudice par lui souffert. »

Il ne serait peut-être pas exact de voir dans cet arrêt une application de la même théorie que celle qui résulte de l'arrêt précédent. Ici le Conseil d'Etat ne semble pas fonder la responsabilité de l'Administration sur une faute du service public ou sur son fonctionnement défectueux. Il se borne à dire que « l'accident est la conséquence des travaux de l'Etat » et il en tire cette déduction que la faute personnelle du contremaître ne peut dégager l'Administration de sa responsabilité, puisque cette circonstance ne saurait en rien faire disparaître ce fait capital que l'accident dérive de l'exécution d'un travail public. Or les tribunaux administratifs ont toujours accordé avec une grande libéralité des indemnités pour les dommages occasionnés soit à la propriété privée, soit aux personnes par l'exécution des travaux publics, quels que soient les auteurs responsables de ces dommages. En cette matière en effet la responsabilité de l'Etat existe en dehors de toute illégalité et de toute faute : il suffit qu'un dommage ait été causé. Et, dans notre espèce, la compétence du Conseil de préfecture déclarée par le Conseil d'Etat montre bien qu'il ne s'agissait point là de la responsabilité générale de l'Etat, mais de la responsabilité spéciale résultant de l'exécution de travaux publics (22).

Le Conseil d'Etat, continuant l'évolution de sa jurisprudence, dans un arrêt postérieur, a admis que le cumul d'actions en responsabilité était possible quand la faute individuelle était imputable non point à un agent du service public, mais à un simple particulier. Avec l'affaire Théve-

(22) Cf., note précitée de M. Appleton, p. 3.

net (23), nous nous trouvons en présence d'un accident de tir dû à la faute du tenancier d'une baraque foraine. Un établissement avait été installé sur la place publique de la commune. Le fond blindé de cet établissement, constitué par des plaques de tôle superposées, s'était trouvé insuffisant pour recevoir le choc des balles. Un particulier, dont la maison était située en face de la baraque, avait été atteint par un projectile alors qu'il vaquait à ses occupations, et avait dû subir une opération douloureuse et dangereuse. Le propriétaire de l'établissement avait été condamné à lui payer une indemnité. Devant son insolvabilité, la victime se retourna contre la commune et lui intenta une action en responsabilité devant le Conseil d'Etat. Bien que l'accident fût uniquement imputable à une faute personnelle d'un particulier, le Conseil d'Etat a jugé que cette faute n'excluait pas la responsabilité de la commune parce que « l'autorité municipale chargée de veiller à la sécurité des places et voies publiques a négligé de s'assurer que l'installation et l'emplacement du tir offraient des garanties suffisantes pour cette sécurité; qu'il y a lieu dans ces circonstances de déclarer la commune responsable des conséquences de l'accident. »

Sans doute ici l'auteur direct du dommage n'est pas un fonctionnaire public. Mais qui ne voit que l'arrêt précédent, en admettant l'existence d'une action en responsabilité contre l'Administration à côté de l'action en responsabilité contre le particulier, est de nature à exercer une influence décisive sur la solution de l'autre hypothèse? En effet, dans la théorie courante, le fonctionnaire qui commet une faute

(23) Cons. d'Etat, 23 juin 1916 (Thévenet), *Rec.*, p. 244; *Revue du droit public*, 1916, p. 378, avec une note de M. Jèze, et les conclusions du commissaire du gouvernement, M. Corneille.

personnelle ne doit pas être considéré comme un agent public, c'est un simple particulier qui agit en dehors de ses fonctions publiques et il faut le traiter comme tel. Dès lors, si l'Administration peut être déclarée responsable dans certains cas pour le préjudice causé par un particulier non fonctionnaire, pourquoi ne pourrait-elle pas aussi être déclarée responsable du fait dommageable accompli par un fonctionnaire qui commet une faute personnelle? Il va suffire qu'à côté de la faute personnelle on puisse découvrir une faute du service public pour qu'une action en responsabilité soit en même temps possible contre l'Administration.

Les derniers arrêts du Conseil d'Etat sont venus confirmer cette théorie.

L'arrêt Beaufelet, du 15 mars 1918 (24), est tout à fait caractéristique à cet égard. Un sous-officier avait rapporté des tranchées une grenade allemande et, revenu à l'arrière, il l'avait dévissée dans une maison où il était cantonné. Par suite d'une imprudence, la grenade avait explosé et deux femmes avaient été tuées par les éclats. La responsabilité personnelle du sous-officier était certainement engagée et il aurait pu être poursuivi pour homicide par imprudence : une action civile dirigée contre lui personnellement n'aurait pas manqué d'aboutir à sa condamnation à des dommages-intérêts pour les ayants droit des victimes. Le Conseil d'Etat a cependant admis la responsabilité de l'Administration parce que « dans les circonstances de fait ci-dessus relatées, et quelle que puisse être la responsabilité personnelle du sous-officier qui a causé l'explosion, l'accident doit être regardé comme la conséquence d'une faute du service public, de nature à engager vis-à-vis des tiers la responsabilité pécuniaire de l'Etat. »

(24) Cons. d'Etat, 15 mars 1918 (Beaufelet), D., 20. 3. 1, avec la note de M. Appleton.

Dans d'autres nombreuses affaires d'accidents causés par des automobiles de l'Etat, le Conseil d'Etat a admis qu'il ne suffisait pas que le conducteur puisse être poursuivi ou ait même été condamné pour homicide par imprudence pour que la responsabilité de l'Administration se trouve dégagée (25).

Mais l'arrêt le plus typique et qui mérite de rester un arrêt de principe dans la jurisprudence en matière de responsabilité publique, au même titre que l'arrêt Pelletier, est l'arrêt Lemonnier, tant à raison des solutions juridiques qu'il consacre que des conclusions remarquables du commissaire du gouvernement, M. Blum (26).

Les faits sont les suivants : ils ressemblent beaucoup aux faits de l'arrêt Thévenet. Il s'agit là encore du mauvais fonctionnement du service de police municipale et d'un accident causé par un tir au fusil. L'accident s'est produit le jour de la fête locale de la commune de Roquecourbe. Un tir avait été organisé au bord d'une rivière sur des buts flottant sur les eaux. Sur le bord opposé à celui où se tenaient les tireurs se trouvait une promenade publique qui venait d'être créée par l'aménagement et la plantation d'un chemin rural. Aucune mesure n'avait été prise pour interdire l'accès du chemin pendant le tir, aucun écriteau n'avait été posé pour avertir les passants. Déjà, dans l'après-midi, plusieurs personnes avaient été frôlées par les balles et s'étaient empressées d'aller avertir la gendarmerie. Le maire, au lieu d'interdire la continuation du tir, s'était seulement contenté de prescrire aux tireurs d'allonger leur

(25) Cf. notamment Cons. d'Etat 18 mai 1918 (Grosellier), *Rec.*, 493.

(26) Cons. d'Etat, 26 juillet 1918 (époux Lemonnier), *S.*, 18-19. 3. 41, avec une note de M. Hauriou, et les conclusions de M. le comm. du gouvernement Blum, *Rev. du droit public*, 1919. p. 41, avec une note de M. Jèze, *Rec.*, p. 761.

objectif vers la gauche. Les époux Lemonnier, s'étant engagés dans la soirée sur cette promenade publique, entendirent siffler des balles à leurs oreilles et, avant qu'ils aient eu le temps de se garer, la dame Lemonnier recevait au milieu de la joue droite une balle qui lui brisait une dent et se logeait dans l'arrière-gorge, déterminant de graves désordres et compromettant son équilibre nerveux.

Les époux Lemonnier intentèrent d'abord une action en responsabilité devant le tribunal civil de Castres contre le maire pris tant en son nom personnel qu'en sa qualité de représentant de la commune. Par jugement du 9 décembre 1911, le tribunal rejeta l'action en responsabilité personnelle dirigée contre le maire, la faute qui lui était reprochée ne se détachant pas de l'exercice de sa fonction municipale, et il se déclara incompétent sur l'action dirigée contre le maire pris comme représentant légal de la commune, en fondant cette déclaration d'incompétence sur la distinction périmée des actes de police et des actes de gestion.

Les époux Lemonnier saisirent alors le conseil municipal d'une demande formelle en dommages-intérêts pour faute de service et formèrent un recours en Conseil d'Etat contre la décision implicite de rejet du conseil municipal.

En même temps, ils continuèrent leur procédure judiciaire et interjetèrent appel du jugement de Castres devant la Cour de Toulouse pour faire déclarer la responsabilité de la commune par voie principale et, en tant que de besoin seulement, la responsabilité du maire pris en son nom personnel. La Cour de Toulouse se prononça à une date postérieure à l'enregistrement de la requête des époux Lemonnier devant le Conseil d'Etat et, par arrêt du 30 janvier 1913 (27), confirma le jugement en tant que le tribunal

(27) Pour le texte de l'arrêt du 30 janvier 1913, voir D., 21. 1. 17, sous Cass., 5 janv. 1921.

s'était déclaré incompétent concernant l'action dirigée contre le maire pris comme représentant de la commune et le réforma en tant qu'il avait rejeté l'action dirigée contre le maire comme coupable d'une faute personnelle. Il condamna le maire à payer une somme de douze mille francs à titre de dommages-intérêts aux époux Lemonnier, motifs pris de ce que le maire avait gravement manqué à son devoir « en autorisant l'établissement d'un tir dans des conditions telles que les projectiles devaient, si le but n'était pas atteint, frapper la rive opposée et menacer les promeneurs...; que rien ne peut excuser une pareille imprudence; ... que l'intimé s'est rendu coupable d'une véritable infraction à la loi pénale pouvant être qualifiée de blessure par imprudence; que cette faute se détache nettement de l'exercice de sa fonction et doit être sanctionnée par la juridiction civile. »

Dans cette affaire, deux juridictions ont donc été saisies à la fois et d'une façon parallèle, et la coexistence d'une procédure judiciaire et d'une procédure administrative a permis à la commune de soulever devant le Conseil d'Etat une fin de non-recevoir spéciale. Elle a soutenu que la condamnation personnelle du maire devant la Cour de Toulouse rendait les époux Lemonnier irrecevables à poursuivre contre la commune la réparation du même préjudice.

Le commissaire du gouvernement, M. Blum, dans ses conclusions, qui sont à la fois un résumé de la jurisprudence antérieure et un complet exposé du problème du cumul des deux reponsabilités, s'est prononcé pour la recevabilité de l'action dirigée contre la commune. D'après lui, le Conseil d'Etat doit rechercher si le service public communal a commis une faute en faisant abstraction complète des décisions judiciaires qui ont pu ou qui pourront intervenir sur la question de la faute personnelle. « Cette recherche,

dit-il, doit être poursuivie indépendamment de l'action engagée devant l'autorité judiciaire, sans qu'aucune fin de non-recevoir puisse être tirée de cette action et alors même qu'une décision définitive de l'autorité judiciaire aurait reconnu cette faute ou prononcé une condamnation personnelle de ce chef (28). »

Mais le commissaire du gouvernement a fait en même temps remarquer que la coexistence possible de la faute personnelle et de la faute de service ne doit pas entraîner le cumul des réparations. Il ne faudrait pas que le particulier lésé par un ensemble de faits révélant à la fois l'existence de l'une et l'autre faute pût obtenir du fonctionnaire responsable et de l'Administration une double indemnité excédant le préjudice subi. Pour éviter ce résultat, la seconde juridiction saisie doit tenir compte de la décision déjà prise par la première (29).

Le Conseil d'Etat a suivi les conclusions de son commissaire du gouvernement et a rendu un arrêt qui mérite une grande attention et dont voici les passages essentiels :
« Considérant que la circonstance que l'accident éprouvé serait la conséquence d'une faute d'un agent administratif préposé à l'exécution d'un service public, laquelle aurait le caractère d'un fait personnel de nature à entraîner la condamnation de cet agent, par les tribunaux de l'ordre judiciaire, à des dommages-intérêts, et que même cette condamnation aurait effectivement été prononcée, ne saurait avoir pour conséquence de priver la victime de l'accident du droit de poursuivre directement, contre la personne publique qui a la gestion du service incriminé, la réparation du préjudice souffert; qu'il appartient seulement au juge adminis-

(28) Conclusions dans S., 18-19. 3. 43 *in fine* et 44.

(29) Conclusions, p. 43 *in fine*.

tratif, s'il estime qu'il y a une faute du service de nature à engager la responsabilité de la personne publique, de prendre, en déterminant la quotité et la forme de l'indemnité par lui allouée, les mesures nécessaires en vue d'empêcher que sa décision n'ait pour effet de procurer à la victime, par suite des indemnités qu'elle a pu ou qu'elle peut obtenir devant d'autres juridictions, à raison du même accident, une réparation supérieure à la valeur totale du préjudice subi. »

Ce dernier arrêt admet donc, d'une manière définitive, dans un même accident, la coexistence possible de deux actions dirigées l'une contre l'Administration et l'autre personnellement contre le fonctionnaire public. Il accueille la demande d'indemnité pour faute de service public bien que le maire ait déjà été condamné à des dommages-intérêts, tout en prenant cependant des précautions pour éviter le cumul des indemnités. Sans doute, la Cour de cassation, dans son arrêt du 5 janvier 1921 (30), pour des raisons de fait, a cassé l'arrêt de la Cour de Toulouse et décidé que le maire n'avait commis aucune faute personnelle « attendu qu'il ne s'agissait en réalité que d'une prétendue insuffisance des mesures prises par le maire, dans l'exercice de ses fonctions municipales, pour prévenir les dangers d'un tir qu'il avait autorisé. » Mais cette décision de la Cour suprême ne change rien à la jurisprudence consacrée par l'arrêt précité du Conseil d'Etat.

Cette jurisprudence est aujourd'hui bien assise : dans certaines hypothèses, il peut apparaître à la fois une faute personnelle de l'agent et une faute administrative; la responsabilité de l'Administration peut alors se trouver engagée en même temps que celle du fonctionnaire. Mais ce ne sont là que des hypothèses exceptionnelles. Pour le démon-

(30) Cass., 5 janv. 1921, D., 21. 1. 47, avec la note précitée de M. Appleton.

trer, il ne nous reste plus maintenant qu'à dégager de l'ensemble des décisions qui viennent d'être analysées les conditions générales auxquelles est possible la coexistence des deux actions en responsabilité et les conséquences qui en résultent au point de vue de l'indemnité.

III. — DES CONDITIONS ET DES CONSÉQUENCES DE LA COEXISTENCE DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ADMINISTRATION ET DE LA RESPONSABILITÉ DU FONCTIONNAIRE.

Il serait inexact de dire que le Conseil d'Etat admet le cumul de la responsabilité du fonctionnaire et de la responsabilité de l'Etat pour une seule et même faute, la faute personnelle de l'agent. (31). Il n'est pas vrai que l'Administration soit responsable quelle que soit la faute commise par l'agent et que toute faute personnelle se traduise par un mauvais fonctionnement du service public considéré. Mais les circonstances de la cause pourront être telles que la faute du service se trouvera coexister avec la faute personnelle : le particulier lésé aura alors une double action en responsabilité.

D'après M. le commissaire du gouvernement Blum (32), cela pourra se produire dans deux séries d'hypothèses : 1° D'abord dans ce qu'il appelle « les cas limites », c'est-à-dire dans les cas où la nature de la faute est si délicate à déterminer que les deux autorités administrative et judiciaire peuvent diversement l'apprécier et reconnaître l'une une faute personnelle et l'autre une faute de service; 2° En suite lorsque la faute personnelle du fonctionnaire a été commise dans le service ou à l'occasion du service, mais si « les

(31) Note précitée de M. Hauriou sous Cons. d'Etat, 3 juillet 1918, S., 48-49. 3. 42, col. 3; Hauriou, *Précis de droit adm.*, 10^{me} éd., p. 379.

(32) Conclusions précitées p. 44 *in fine*.

moyens ou les instruments de la faute ont été mis à la disposition du coupable par le service, si la victime n'a été mise en présence du coupable que par l'effet du jeu du service, si en un mot le service a conditionné l'accomplissement de la faute ou la production de ses conséquences dommageables vis-à-vis d'un individu déterminé. »

La première série d'hypothèses, celle des cas-limites, ne nous arrêtera pas. Elle tient à ce fait qu'avec le principe de la séparation des pouvoirs, lorsque les deux juridictions sont saisies à propos d'un même accident et que le conflit n'est pas élevé, elles peuvent chacune se prononcer différemment sur la nature de la faute. Il y a certainement là une lacune de notre droit public qu'il serait bon de faire disparaître pour assurer l'unité des procès et des procédures (33).

Dans la seconde série d'hypothèses, il existe à la fois une faute personnelle et une faute de service, et il y a entre les deux une relation de cause à effet. Le service public a fonctionné et la faute personnelle n'a été rendue possible que par le mauvais fonctionnement du service. C'est la raison pour laquelle l'Administration peut être déclarée responsable. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut véritablement que le service public ait fonctionné. Les tribunaux, pour rechercher si l'Administration, à l'occasion d'un dommage causé par la faute personnelle d'un fonctionnaire, peut également être mise en cause, auront, à notre avis, à appliquer le critérium précédemment proposé en ce qui concerne la nature juridique et les vrais caractères de la faute personnelle du fonctionnaire administratif (34).

Nous avons démontré que cette faute peut se révéler dans

(33) Note précitée de M. Hauriou, S., 48-49. 3. 41.

(34) Chap. III : *Les vrais caractères de la faute personnelle.*

des conditions différentes. Elle peut d'abord consister dans un acte matériellement distinct de l'acte fonctionnel. Mais elle peut aussi être incluse dans l'acte en apparence fonctionnel de l'agent coupable.

Dans le premier cas, il y a, à côté l'un de l'autre, deux actes, un acte administratif et un acte qui ne l'est pas. Il existe toutefois un lien très étroit entre ces deux actes : l'acte personnel n'est accompli qu'à l'occasion de l'acte de la fonction. Aussi, si cet acte personnel constitue une faute du fonctionnaire, comprend-on qu'il y ait coexistence possible des deux responsabilités, puisque la faute personnelle, tout en étant nettement séparée du fonctionnement du service, en est la conséquence plus ou moins directe.

Au contraire, lorsque la faute personnelle est incluse dans l'acte en apparence fonctionnel du fonctionnaire, il n'y a pas d'acte administratif. On se trouve en présence d'une voie de fait ou d'une usurpation de pouvoirs du fonctionnaire qui s'est lui-même placé en dehors du service en accomplissant un acte qui n'a rien de fonctionnel ni par son objet, ni par son but, ni par son procédé d'exécution. On ne peut donc pas dire dans ce cas que le service public ait fonctionné et les deux responsabilités ne pourront coexister. Si un dommage a été causé, le fonctionnaire seul en devra réparation.

Par cette distinction, nous revenons, mais en la précisant, à la théorie de M. Blum, qui admet le cumul des responsabilités seulement lorsque le service a conditionné l'accomplissement de la faute personnelle. Pour que ce cumul soit possible, il faut qu'il y ait deux fautes (par conséquent deux actes) et que la faute personnelle n'ait été rendue possible que par une faute de service préalable.

Dans les cas où l'Administration est tenue d'indemniser le particulier lésé par la faute personnelle d'un de ses

agents, ce n'est pas parce qu'il existe entre elle et le fonctionnaire un rapport juridique quelconque, mais parce qu'elle se trouve elle aussi en faute. Toutefois sa responsabilité n'est qu'une responsabilité de second plan, une responsabilité subsidiaire. Comme le fait remarquer M. le commissaire du gouvernement Corneille (35) : « Si le préjudice a une cause immédiate provenant directement du fait d'une personne et une cause seulement médiate provenant de la négligence d'une autre, c'est l'auteur direct qui reste en droit comme en logique l'obligé principal...; l'autre auteur, l'auteur indirect, ne doit être tenu que subsidiairement en cas d'insolvabilité du débiteur principal. »

La jurisprudence du Conseil d'Etat n'exige cependant pas que la victime discute d'abord l'auteur direct du dommage avant d'intenter l'action en responsabilité contre l'Administration (36). Elle peut exercer simultanément ou successivement les deux actions qui lui appartiennent et qui sont indépendantes l'une de l'autre, l'une devant l'autorité judiciaire et l'autre devant l'autorité administrative.

Cette jurisprudence prend seulement des précautions pour que le particulier lésé ne puisse obtenir qu'une seule indemnité qui ne dépasse pas la réparation totale du préjudice causé. Si la coexistence de deux actions en responsabilité est possible, il serait choquant qu'elle puisse conduire à un cumul de réparations (37).

Les décisions rapportées se sont préoccupées de cette conséquence. La décision Babouet (38) prévoit que le juge admi-

(35) Conclusions sous Cons. d'Etat, 23 juin 1916 (Thévenet), *Revue du droit public*, 1916, p. 382.

(36) C'est la solution résultant de l'arrêt Lemonnier, Cons. d'Etat, 3 juillet 1918, S., 48-49. 3. 41.

(37) Voir sur ce point les conclusions précitées de M. Blum, p. 43 *in fine*. Cf. également M. Hauriou, *Précis de droit adm.*, 10^{me} éd., p. 380.

(38) Cons. d'Etat, 16 juillet 1914, *Rec.*, p. 882.

nistratif, lorsque le fonctionnaire a déjà été condamné à raison du même accident, doit tenir compte de la réparation accordée et limiter, s'il y a lieu, la responsabilité de l'Etat à la garantie de tout ou partie des réparations. La décision Thévenet (39) tout en déclarant la commune responsable, la subroge dans les droits de la victime et réserve ainsi une action récursoire contre l'auteur principal de la faute. La décision Lemonnier (40) enfin s'en tient à l'idée précédente de subrogation de la commune dans les droits de la victime.

Nous ne pensons pas qu'en employant les termes de subrogation et de garantie, le Conseil d'Etat ait entendu consacrer l'application à notre matière d'une institution du droit civil. La garantie semble en effet impliquer entre le service public et son agent un lien de droit analogue à celui qui résulte de l'article 1384 du Code civil entre le patron et son préposé. On pourrait faire la même objection à la notion d'action récursoire. Mais ce que le Conseil d'Etat a voulu avant tout, sans préciser la nature juridique du recours qu'il réserve à l'Administration contre le fonctionnaire, c'est organiser un procédé pratique pour éviter le cumul des réparations tout en assurant la réparation complète du préjudice souffert (41).

Quelles que soient les précautions prises par le Conseil d'Etat, nous ne saurions cependant approuver sa jurisprudence qui permet à la victime de poursuivre directement l'Administration sans attendre que le fonctionnaire ait été poursuivi et condamné. Cette manière de procéder peut conduire à des conséquences fâcheuses. Elle peut avoir pour

(39) Cons. d'Etat, 23 juin 1916, *Revue du droit public*, 1916, p. 378.

(40) Cons. d'Etat, 26 juillet 1918, S., 48-49. 3. 41.

(41) Conclusions Blum, précitées, p. 46.

résultat de faire disparaître dans beaucoup de cas la responsabilité personnelle des fonctionnaires. Les particuliers préféreront s'adresser directement à la caisse collective affectée au service public plutôt qu'au fonctionnaire souvent insolvable (42).

Sans doute, l'Administration aura la possibilité théorique de se retourner contre le fonctionnaire responsable, mais il est fort douteux qu'elle use de cette faculté. En fait, la responsabilité des fonctionnaires ne deviendra souvent qu'un mot vide de sens. Or nous savons que cette responsabilité est une condition essentielle du bon fonctionnement des services publics et une sanction effective des obligations imposées aux agents administratifs.

Si donc, en théorie et seulement dans certaines hypothèses exceptionnelles, la coexistence de la responsabilité administrative et de la responsabilité personnelle peut se concevoir, il est à souhaiter que la jurisprudence inaugurée par le Conseil d'Etat ne s'étende pas outre mesure, sous peine de voir disparaître bientôt complètement de notre droit public la responsabilité personnelle des fonctionnaires.

(42) Cf. note Hauriou, sous Cons. d'Etat, 26 juillet 1918, S., 48-49 3. 42. *in fine*.

CONCLUSION

Nous avons exposé, dans ses lignes générales et essentielles, la construction juridique que la jurisprudence et la doctrine ont spontanément édifiée, dans le silence de la loi, pour assurer la mise en œuvre de la responsabilité personnelle des fonctionnaires administratifs envers les particuliers.

Pour résoudre les différentes questions soulevées par ce problème assez complexe, nous avons adopté les solutions traditionnelles, conformes à la fois à l'évolution historique de l'institution et aux principes généraux de notre droit public et de notre droit civil, mais en les dégageant des décisions de jurisprudence les plus récentes et en les appuyant sur la notion fondamentale qui semble dominer toutes les transformations du droit moderne : la notion de service public.

La théorie de la responsabilité personnelle des fonctionnaires administratifs repose tout entière sur la distinction de la faute personnelle et de la faute de fonction; et ce n'est qu'au moyen de la notion précédente de service public qu'on peut arriver à légitimer et à préciser cette distinction. Le fonctionnaire n'est susceptible, en effet, d'encourir une res-

pensabilité que s'il a commis une faute personnelle, c'est-à-dire si les actes dommageables par lui accomplis l'ont été dans un but étranger au fonctionnement de tout service public. Au contraire, c'est la responsabilité de l'Etat qui doit être mise en jeu si le préjudice a eu véritablement pour cause une faute de service, c'est-à-dire si le fonctionnaire, tout en commettant une faute, a néanmoins agi dans le but d'assurer le fonctionnement du service considéré.

Cette solution est logique et s'harmonise à merveille avec la conception moderne de l'Etat envisagé comme un groupement de services publics. La responsabilité de l'Etat, qui n'est, au fond, qu'une assurance au profit des particuliers contre le mauvais fonctionnement des services publics, ne peut jouer que s'il y a eu fait de service, que si le service public a fonctionné. Lorsque le fait dommageable demeure personnel à son auteur, c'est la responsabilité du fonctionnaire qui doit alors intervenir; mais elle doit toujours intervenir, dans ce cas, parce qu'en réalité, le service n'a pas fonctionné.

Non seulement cette solution est logique, elle est en même temps nécessaire. Sans doute, la distinction de la faute personnelle et de la faute de fonction peut paraître une distinction très savante et très délicate; c'est cependant la seule qui nous permette de construire un système juridique répondant véritablement aux besoins pratiques et éminemment protecteur des droits individuels.

D'un côté, en effet, il est impossible de déclarer les fonctionnaires responsables de toutes les conséquences des actes qu'ils accomplissent dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions : ce serait la désorganisation des services publics par la multiplication des poursuites. D'autre part, il ne faut pas étendre outre mesure la responsabilité des administra-

tions publiques; nous savons que la responsabilité personnelle des fonctionnaires, dans les limites que nous avons déterminées, est « la condition première et indispensable de la garantie sociale et de la sûreté ». Le contrôle hiérarchique est insuffisant pour imposer aux fonctionnaires le respect de leurs obligations fonctionnelles. « La crainte d'une sanction personnelle est certainement pour le fonctionnaire public un frein bien autrement puissant que la mise en cause éventuelle du service public auquel il appartient. » (1).

Il y a donc une ligne de démarcation très nette à établir entre la responsabilité personnelle des fonctionnaires et la responsabilité de l'Etat. Bien que, depuis quelques années, cette dernière ait pris, grâce à une jurisprudence remarquable du Conseil d'Etat, une extension considérable, de telle sorte qu'on a pu dire que la responsabilité pécuniaire des administrations publiques est devenue la règle normale et la responsabilité personnelle des fonctionnaires l'exception, il ne faudrait pas en conclure que la responsabilité personnelle doive bientôt disparaître de notre droit public.

Nous avons signalé certaines tendances qui pourraient être interprétées dans ce sens : tendances jurisprudentielles et tendances législatives. Tendances législatives : certains projets de loi, restés heureusement sans résultat, ont été déposés pour substituer, en ce qui concerne notamment les instituteurs, la responsabilité de l'Etat à celle de ces fonctionnaires lorsqu'ils commettent une faute personnelle dans leur enseignement (2). Tendances jurisprudentielles : le Conseil d'Etat, dans le but d'assurer à la victime du préjudice une indemnisation totale et certaine, a été amené à admettre, dans une certaine mesure, le cumul des deux res-

(1) Blum, Conclusions, Cons. d'Etat, 26 juillet 1918, S., 48-19. 3. 44.

(2) V. chap. III.

ponsabilités, celle de l'Administration avec celle du fonctionnaire (3). Ces tendances ne méritent pas d'être approuvées, encore moins d'être encouragées. On doit fermement s'en tenir à cette idée capitale : lorsque le dommage causé n'est pas la conséquence directe du fonctionnement du service, c'est le droit commun de la responsabilité qui doit recevoir application.

Au lieu de voir diminuer l'étendue de la responsabilité personnelle, nous pensons, au contraire, que son domaine ira sans cesse en s'élargissant. La disparition de cette responsabilité serait d'ailleurs en contradiction évidente avec l'évolution dernière de notre droit public et la transformation actuelle de l'Etat.

Dans le groupement de services publics qu'est aujourd'hui l'Etat, se manifeste une poussée de syndicalisme décentralisateur. Les services publics, surtout les services techniques, tendent à s'organiser corporativement sous le contrôle et la surveillance des gouvernants. Cette forme de décentralisation, appelée décentralisation par service, se réalise à l'intérieur du service public lui-même par la participation des fonctionnaires du service, groupés en syndicat, à la gestion et à la direction de ce service (4).

Sans doute, ce n'est encore là qu'un mouvement en formation. Mais qui ne voit, dès maintenant, que l'autonomie fonctionnelle réclamée par les syndicats devra avoir pour contre-partie une responsabilité fortement organisée, énergiquement sanctionnée des fonctionnaires décentralisés à l'égard du public ? L'augmentation d'indépendance, d'initia-

(3) V. chap. VI.

(4) L. Duguit, *Le droit social, le droit individuel, et la transformation de l'Etat*, 1^{re} éd., 1908, p. 139; *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 460 et suiv.

tive de ces derniers devra être compensée par un accroissement de leur responsabilité.

M. Duguit propose que dans le système de la décentralisation par service; « toutes les fois qu'il serait établi que le préjudice provient certainement d'une faute, d'une négligence d'un fonctionnaire..., toutes les fois qu'un particulier serait lésé par le mauvais fonctionnement d'un service, on présumerait la faute personnelle du fonctionnaire » (5). Ce serait le renversement de la règle actuelle qui veut que la responsabilité du service soit le principe, et la responsabilité de l'agent l'exception. Nous ne voyons aucune objection à étendre ainsi la notion de faute personnelle.

Mais M. Duguit propose en même temps d'admettre que cette responsabilité élargie fût une responsabilité solidaire de tous les fonctionnaires du service (6); les syndicats de fonctionnaires pourraient avoir un riche patrimoine qui constituerait un cautionnement garantissant la sanction de leur responsabilité étroite envers les particuliers. Cette responsabilité solidaire, quels que soient ses avantages pécuniaires, nous paraît aller à l'encontre du but poursuivi. Il n'est pas de responsabilité effective, si elle n'est pas personnelle, particulière à chacun des fonctionnaires. La responsabilité anonyme du syndicat ressemblerait singulièrement à la responsabilité objective de la personne publique; pour que l'agent public soit incité à remplir ses obligations fonctionnelles, il faut qu'il sache qu'il pourra être mis directement en cause par le public et exposé à une condamnation pécuniaire personnelle.

Nous concluons donc en disant que, même avec le développement de l'organisation corporative des services publics,

(5) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 463.

(6) L. Duguit, *op. cit.*, p. 463.

la responsabilité personnelle des fonctionnaires doit rester ce qu'elle est : une responsabilité subjective frappant personnellement les agents publics qui ont violé, par une faute personnelle, la loi de leur fonction.

Vu : *Le Doyen*,
L. DUGUIT.

Vu : *Le Président de la thèse*,
L. DUGUIT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Bordeaux, le 15 février 1922.
Le Recteur de l'Académie,
R. THAMIN.

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs (Délibération de la Faculté du 12 août 1879).

BIBLIOGRAPHIE

- APPLETON (J.). — Note sous plusieurs arrêts du Conseil d'État, D., 1920. 3. 4.
- Note sous Cass. civ., 5 janvier 1921 (époux Lemonnier), D., 21. 4. 17.
- Note sous Cass. crim., 21 mars 1918, et Cass. req., 5 juin 1918 (viandes foraines de Bordeaux), D., 21. 4. 41.
- ARTUR. — Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions. *Revue du droit public*, années. 1900 à 1903, chap. XXII (année 1902, t. XVII).
- BARTHELEMY (J.). — Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public. *Revue du droit public*, 1912, p. 505.
- L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents. *Revue du droit public*, 1914, p. 491.
- BATBIE. — Traité théorique et pratique de droit public et administratif, 2^e édit., 1885-1894, t. II.
- BERTHÉLEMY (H.). — Traité élémentaire de droit administratif, 5^e édit., 1908.
- Les poursuites contre les fonctionnaires pour actes accomplis à l'occasion de leurs fonctions. *Revue générale d'administration*, 1898, t. I, p. 5.
- De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative. *Revue du droit public*, 1904, p. 209.
- BERNARD (E.). — De la responsabilité personnelle des fonctionnaires administratifs dans leurs rapports avec les particuliers. Thèse Bordeaux, 1909.
- BLUM. — Conclusions, Conseil d'État, 26 juillet 1918 (époux Lemonnier), S., 18-19. 3. 41, D., 18. 3. 9.
- CHABERT-OSTLAND (DE). — Contribution à l'étude des voies de fait en droit administratif. Thèse Lille, 1907.

- CHARDENET. — Conclusions, Conseil d'État, 12 mars 1909 (commune de Triconville), S., 1909. 3. 51.
- CORNEILLE. — Conclusions, Conseil d'État, 23 juin 1916 (Thévenet). *Revue du droit public*, 1916, p. 378.
- DEPAULE (J.). — Étude historique sur la responsabilité des fonctionnaires publics. Thèse Toulouse, 1901.
- DESSOYE. — Rapport, *Journal officiel, Documents parlementaires*, Chambre, session ordinaire, 1909, Annexe n° 2259, p. 71.
- DUCCROQ. — Cours de droit administratif, 7^e édit., 1897, t. III.
- DUGUIT (Léon). — L'État, les gouvernants et les agents, 1903.
- Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État, 1^{re} édit., 1908.
 - Traité de droit constitutionnel, 2 vol., 1^{re} édit., 1911.
 - Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, 1^{re} édit., 1912.
 - Les transformations du droit public, 1^{re} édit., 1913.
 - Note sous Bordeaux, 19 juin 1917, S., 18-19. 2. 1, et note sous Cass. crim., 21 mars 1918, S., 18-19. 1. 17.
- DUGUIT (L.) et MONNIER (H.). — Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789, 3^e édit., 1915.
- ESMEIN (A.). — Éléments de droit constitutionnel français et comparé, 5^e édit., 1909.
- FEUILLOLEY. — Conclusions, Trib. confl., 22 juillet 1909 (Carbonnel). *Revue générale d'administration*, 1910, t. I, p. 57.
- FLINIAUX (A.). — Le cumul de la responsabilité de l'agent et de la responsabilité de la personne morale administrative. *Revue du droit public*, 1921, p. 333.
- GARRAUD. — Traité de droit criminel, t. III, 2^e édit., 1899.
- HAURIQU (M.). — Précis de droit administratif et de droit public, 3^e édit., 1898; 6^e édit., 1907; 8^e édit., 1914; 10^e édit., 1921.
- Principes de droit public. Appendice : De l'autorité juridique du pouvoir politique et des deux couches de droit, 2^e édit., 1916.
 - Note sous Trib. confl., 11 juillet 1891 (Mohammed-ben-Belkasen), S., 93. 3. 65.
 - Note sous Trib. confl., 3 décembre 1892 (Chabrand), S., 94. 3. 113.
 - Note sous Trib. confl., 26 juin 1897 (Métivier), S., 98. 3. 49.
 - Note sous Trib. confl., 9 décembre 1899 (Deyres), et Trib. confl., 20 janvier 1900 (Uhel), S., 1900. 3. 89.
 - Note sous Trib. confl., 2 décembre 1902 (Société immobilière de Saint-Just), S., 1904. 3. 17.

HAURIOT (M.). — Note sous Conseil d'État, 27 février 1903 (Zimmermann), S., 1905. 3. 17.

— Note sous Trib. confl., 2 juin 1908 (Morizot), S., 1908. 3. 81.

— Note sous Conseil d'État, 23 juillet 1909 et 22 juillet 1910 (Fabrègues), S., 11. 3. 121.

— Note sous Trib. confl., 22 avril 1910 (abbé Piment), et Trib. confl., 4 juin 1910 (abbé Mignon), S., 10. 3. 129.

— Note sous Conseil d'État, 20 janvier 1911 (époux Delpech-Salgues), et Conseil d'État, 3 février 1911 (Anguet), S., 11. 3. 137.

— Note sous Conseil d'État, 26 juillet 1918 (époux Lemonnier), S., 18-19. 3. 41.

JACQUELIN. — Principes dominants du contentieux administratif, 1899.

JÈZE (G.). — Les principes généraux du droit administratif, t. I, 2^e édit., 1914.

— Principes généraux du droit public français touchant la responsabilité personnelle des fonctionnaires publics à raison de leurs actes, et tribunaux compétents pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre eux. *Revue du droit public*, 1909, p. 262.

— De la responsabilité des patrimoines administratifs. Note sous plusieurs décisions jurisprudentielles. *Revue du droit public*, 1910, p. 72.

— De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel. *Revue du droit public*, 1913, p. 437.

— De la responsabilité pécuniaire des patrimoines administratifs au cas de faute personnelle des agents publics. Note sous Trib. confl., 2 mai 1914 (Provost et Cornu). *Revue du droit public*, 1914, p. 569.

— Responsabilité de l'Administration à raison du fonctionnement du service public de police : Responsabilité subsidiaire de l'Administration en cas d'insolvabilité du particulier, auteur du dommage. Note sous Conseil d'État, 23 juin 1916 (Thévenet). *Revue du droit public*, 1916, p. 378.

— Note sous Conseil d'État, 26 juillet 1918 (époux Lemonnier). *Revue du droit public*, 1919, p. 41.

LABAND. — Staatsrecht des deutschen Reiches, t. I, 1901.

LACANAL. — De la responsabilité des fonctionnaires publics envers les particuliers. *Revue générale d'administration*, 1884, t. I, p. 32.

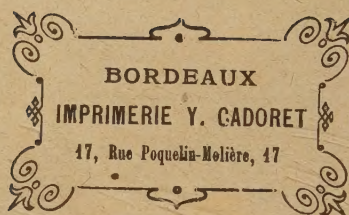
LACON. — Procédure à organiser pour rendre efficace la responsabilité des magistrats et fonctionnaires à raison de leurs fautes personnelles. *Revue pénitentiaire*, 1906, p. 396.

- LAFERRIÈRE (E). — Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 2 vol., 2^e édit., 1896.
- Conclusions, Trib. confl., 5 mai 1877 (Laumonnier-Carriol), D., 78. 3. 13.
- LALOU. — Note sous Dijon, 21 janvier 1914, D., 14. 2. 129.
- MESTRE (A). — Note sous Cass. req., 5 juin 1918, S., 18-19. 1. 209.
- MICHOUD. — Théorie de la personnalité morale et son application au droit, t. II, 1909.
- MONTESQUIEU. — Esprit des lois, liv. XI, chap. IV.
- MOREAU. — Manuel de droit administratif, 1909.
- NESMES-DESMARETS (DE). — De la responsabilité civile des fonctionnaires de l'ordre administratif et judiciaire envers les particuliers. Thèse Montpellier, 1910.
- PALOOUE. — De la distinction entre la faute personnelle et la faute de service du fonctionnaire. Thèse Paris, 1909.
- PERREAU. — De la responsabilité envers les particuliers des fonctionnaires administratifs. Thèse Bordeaux, 1894.
- PLANIOL (M.). — Traité élémentaire de droit civil, t. II, 5^e édit., 1909.
- PLANTÉ. — Les mises en jugement des fonctionnaires. Thèse Toulouse, 1910.
- ROLLAND. — Les rapports entre les instituteurs et les pères de famille. *Revue du droit public*, 1908, p. 87.
- Les projets de loi sur les rapports entre instituteurs et pères de famille. *Revue du droit public*, 1908, p. 505.
- ROMIEU. — Conclusions, Trib. confl., 2 décembre 1902 (Société immobilière de Saint-Just), S., 1904. 3. 17.
- Conclusions, Trib. confl., 24 décembre 1904 (Montlaur), S., 1907. 3. 3.
- TARDIEU. — Conclusions, Trib. confl., 2 juin 1908 (Morizot), S., 1908. 3. 81.
- TEISSIER. — Conclusions, Trib. confl., 29 février 1908 (Feutry), S., 1908. 3. 97.
- X... — Note sous Cass. civ., 11 juin 1912 (Desclaux), S., 12. 1. 384.
-

TABLE DES MATIERES

	Pages
INTRODUCTION	v
CHAPITRE PREMIER. — <i>Évolution historique de la responsabilité personnelle des fonctionnaires</i>	1
I. Les principes dominants en matière de responsabilité des fonctionnaires.....	2
II. La garantie administrative de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII.....	10
III. Le décret du 19 septembre 1870 et ses conséquences juridiques.....	17
CHAPITRE II. — <i>Les diverses théories proposées sur la distinction de la faute personnelle et de la faute de fonction</i>	26
I. La responsabilité personnelle des fonctionnaires est une responsabilité pour faute.....	28
II. La responsabilité des fonctionnaires est une responsabilité pour faute personnelle. Des diverses théories sur la nature de la faute personnelle.....	33
III. La responsabilité personnelle des fonctionnaires est déterminée par la notion de service public.....	44
CHAPITRE III. — <i>Les vrais caractères de la faute personnelle</i>	48
I. Hypothèses dans lesquelles il existe, à côté de l'acte fonctionnel, un acte personnel du fonctionnaire.....	51
II. Hypothèses dans lesquelles la faute personnelle est incluse dans l'acte en apparence fonctionnel du fonctionnaire.....	61
CHAPITRE IV. — <i>Règles de compétence et de procédure</i>	77
I. La compétence est judiciaire, mais limitée par le conflit... ..	77
II. Les pouvoirs des tribunaux judiciaires	80
III. Le conflit devant les juridictions correctionnelle et criminelle	91

	Pages
CHAPITRE V. — <i>De la responsabilité personnelle du fonctionnaire agissant sur l'ordre d'un supérieur hiérarchique</i>	98
I. De l'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents : différents systèmes en présence.....	98
II. La hiérarchie et la nature juridique de l'ordre hiérarchique.....	105
III. Des conséquences de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des fonctionnaires d'après la jurisprudence française.....	110
CHAPITRE VI. — <i>Du cumul de la responsabilité de l'Administration avec la responsabilité personnelle des fonctionnaires</i>	120
I. La règle du non-cumul des deux responsabilités et sa justification juridique.....	121
II. Évolution jurisprudentielle en matière de cumul des deux responsabilités.....	128
III. Des conditions et des conséquences de la coexistence de la responsabilité de l'Administration et de la responsabilité du fonctionnaire.....	141
CONCLUSION.....	147
BIBLIOGRAPHIE.....	153



BORDEAUX

IMPRIMERIE Y. CADORET

17, Rue Poquelin-Molière, 17